

# UNIVERSIDAD DE CUENCA



## Facultad de Jurisprudencia, Ciencias Políticas y Sociales

### Carrera de Derecho

#### “El Quantum Indemnizatorio en la Acción Civil de Reparación por Daño Moral”

*Monografía previa a la obtención del Título de Abogada de los Tribunales de Justicia de la República del Ecuador y Licenciada en Ciencias Políticas y Sociales.*

#### **Autora:**

Michelle Estefanía Guerrón Serpa

#### **Director:**

Dr. Edgar Giovanni Sacasari Aucapiña

Cuenca- Ecuador

Enero 2016



## RESUMEN

En el ámbito de las relaciones sociales, surge la figura del daño moral que constituye toda lesión producida sobre los sentimientos del hombre, los cuales por su espiritualidad no son susceptibles de una valoración económica, pues transgrede la esfera de los derechos extra patrimoniales. Teniendo en cuenta que los derechos extra patrimoniales no tienen precio y por ende no pueden ser valorados; ello no impide que su transgresión sea reparada, puesto que es necesario considerar que hoy en día los derechos extra patrimoniales son de suma importancia para la organización social y en consecuencia su protección jurídica resulta vital. Sin embargo de ello no resulta tan fácil como aparenta ser, puesto que la cuantía de la indemnización queda al libre criterio judicial, siguiendo la teoría "compensatoria o satisfactoria", pues sabido es que la indemnización no repara el daño pero sí compensa en algo el dolor causado, sumado a esto las características del daño moral. De esta manera y al no existir criterios claros de aplicación al momento de determinar la cuantificación del daño moral, se presenta la dificultad de determinar el monto indemnizatorio.

Palabras Claves: Daño Moral, Cuantificación, Reparación, Indemnización, extrapatrimoniales.



## **ABSTRACT**

In the social relations, we must mention to the presence of the figure of moral damage, which refers to any lesion to a person's feelings. These lesions cannot be economically valued due to their spiritual character and because they transgress the sphere of extrapatrimonial rights, this does not impede a pecuniary compensation.

Therefore, it is necessary to consider that extrapatrimonial rights are highly important nowadays for our social organization, which is why their judicial protection is vital, but this quantification is very difficult because the valuation of moral damage is left at the discretion of the judge.

Key Words: moral damage, quantification, reparation, compensation, pecuniary,



<b>RESUMEN .....</b>	<b>2</b>
<b>ABSTRACT .....</b>	<b>3</b>
<b>DEDICATORIA .....</b>	<b>8</b>
<b>AGRADECIMIENTOS .....</b>	<b>9</b>
<b>INTRODUCCIÓN .....</b>	<b>10</b>
<b>CAPÍTULO I.....</b>	<b>12</b>
<b>EL DAÑO MORAL Y SU REPARACIÓN: NOCIONES GENERALES .....</b>	<b>12</b>
1.1 INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS Y PERJUICIOS .....	12
1.2 NOCIÓN ETIMOLÓGICA DEL DAÑO .....	14
1.2.1 <i>Diferencia entre Daño y Perjuicio.....</i>	<i>15</i>
1.3 DEFINICIÓN DE DAÑO MORAL .....	16
1.4 BIEN JURÍDICO TUTELADO EN LA ACCIÓN DE DAÑO MORAL: PROTECCIÓN A LOS DERECHOS EXTRAPATRIMONIALES..	18
1.5 ANTECEDENTES HISTÓRICOS DEL DAÑO MORAL. ....	20
1.6. NATURALEZA DEL DAÑO MORAL .....	22
1.6.1 <i>El Daño Moral generado por el ilícito extracontractual.....</i>	<i>23</i>
1.6.2 <i>La reparación del Daño Moral derivado del Incumplimiento del Contrato.....</i>	<i>24</i>
1.6.3. <i>La reparación del Daño Moral generada por la Infracción Penal .....</i>	<i>26</i>
1.7 CLASES DE DAÑO MORAL .....	27
1.7.1. <i>El Daño Moral Objetivamente Considerado.....</i>	<i>27</i>
1.7.2. <i>El Daño Moral Subjetivamente Considerado .....</i>	<i>29</i>
1.8 LA REPARACIÓN DEL DAÑO MORAL.....	30
1.8.1 <i>Diferenciación de términos: Indemnización, Resarcimiento y Reparación. ....</i>	<i>30</i>
1.8.2 <i>Formas de Reparación del Daño Moral.....</i>	<i>31</i>
1.8.2.1 <i>La Reparación Natural o in natura.....</i>	<i>31</i>
1.8.2.2 <i>La Reparación por Equivalente .....</i>	<i>32</i>
1.8.3 <i>Teorías Sobre la Reparación del Daño Moral.....</i>	<i>33</i>
1.8.3.1 <i>La Reparación del Daño Moral tiene carácter Punitivo .....</i>	<i>33</i>
1.8.3.2 <i>La Reparación del Daño Moral tiene Carácter Resarcitorio.....</i>	<i>35</i>
1.8.3.3 <i>La Reparación del Daño Moral tiene carácter punitivo y resarcitorio.....</i>	<i>36</i>
1.8.3.4 <i>La reparación del Daño Moral bajo la teoría del turismo vacacional .....</i>	<i>37</i>
1.8.4 <i>Reparación no pecuniaria del Daño Moral .....</i>	<i>38</i>
1.9 MÉTODOS PARA EVALUAR EL DAÑO Y SU REPARACIÓN. ....	39
1.9.1 <i>Método Judicial.....</i>	<i>39</i>
1.9.2 <i>Método Legal.....</i>	<i>39</i>
1.9.3 <i>Método Convencional.....</i>	<i>40</i>
<b>CAPITULO II.....</b>	<b>41</b>
<b>ASPECTOS FUNDAMENTALES DE LA ACCIÓN DE DAÑO MORAL .....</b>	<b>41</b>
2.1 EL DAÑO MORAL EN LA LEGISLACIÓN ECUATORIANA.....	41
2.2 ELEMENTOS DE LA ACCIÓN DE DAÑO MORAL .....	43
2.3 LEGITIMACIÓN ACTIVA .....	49
2.3.1 <i>Transmisibilidad de La Acción.....</i>	<i>51</i>
2.3.2 <i>El Daño Moral y las personas sin discernimiento.....</i>	<i>53</i>
2.3.3 <i>El Daño Moral y las Personas Jurídicas .....</i>	<i>54</i>
2.3.4 <i>El Daño Moral Colectivo.....</i>	<i>56</i>
2.4 LEGITIMACIÓN PASIVA.....	58
2.5 LA PRUEBA EN EL DAÑO MORAL.....	59
<b>CAPITULO III.....</b>	<b>64</b>



<b>ALCANCE DE LA CUANTIFICACIÓN PECUNIARIA DEL DAÑO MORAL .....</b>	<b>64</b>
3.1 PRINCIPIOS QUE PRIMAN EN LA CUANTIFICACIÓN PECUNIARIA DEL DAÑO MORAL .....	64
3.2 LA MOTIVACIÓN COMO LÍMITE PARA REALIZAR LA CUANTIFICACIÓN JUDICIAL DE DAÑO MORAL.....	67
3.3 LA PRUDENCIA COMO LÍMITE DE LA CUANTIFICACIÓN JUDICIAL DEL DAÑO MORAL .....	69
3.4 CRITERIOS PARA LA DETERMINACIÓN JUDICIAL DEL DAÑO.....	71
3.5 INFORMACIÓN NECESARIA PARA VALORAR EL DAÑO A LAS PERSONAS. ....	75
3.6 ANÁLISIS DEL DAÑO MORAL EN LA LEGISLACIÓN COMPARADA. ....	77
<b>CONCLUSIONES.....</b>	<b>86</b>
<b>RECOMENDACIONES.....</b>	<b>88</b>
<b>BIBLIOGRAFÍA .....</b>	<b>90</b>



**Universidad de Cuenca**  
**Cláusulas de Derechos de Autor**

Michelle Estefanía Guerrón Serpa, autora de la monografía "El Quantum Indemnizatorio en la Acción Civil de Reparación por Daño Moral, reconozco y acepto el derecho de la Universidad de Cuenca, en base al Art 5 literal c) de su reglamento de Propiedad Intelectual, de publicar este trabajo por cualquier medio conocido o por conocer, al ser este requisito para la obtención del Título de Abogada de los Tribunales de Justicia de la República del Ecuador y Licenciada en Ciencias Políticas y Sociales. El uso que la Universidad de Cuenca hiciere de este trabajo, no implicará afección alguna de mis derechos morales o patrimoniales como autora.

Cuenca, Enero de 2016

**Michelle Estefanía Guerrón Serpa**

**C.I. 0105140867**



**Universidad de Cuenca**  
**Cláusula de Propiedad Intelectual**

Michelle Estefanía Guerrón Serpa, autora de la monografía "El Quantum Indemnizatorio en la Acción Civil de Reparación por Daño Moral", certifico que todas las ideas, opiniones y contenidos expuestos en la presente investigación son de exclusiva responsabilidad de la autora.

Cuenca, Enero de 2016

**Michelle Estefanía Guerrón Serpa**

**C.I. 0105140867**



## **DEDICATORIA**

A mi pequeña Emilie con profundo amor por ser la inspiración y el pilar fundamental en mi vida.

A mis padres Carlos e Inés por su apoyo incondicional.

A mis abuelitos Rosa, a quien eternamente la llevo en mi corazón, a Wilson y Luz Mila, por brindarme su cariño y ayuda en los momentos más difíciles.





## **AGRADECIMIENTOS**

Agradezco principalmente a Dios por la vida, la salud, y el amor para cumplir mis objetivos.

A mi familia, a Sergio, a mis padres, hermanos y abuelitos por haberme apoyado en todo momento; por sus consejos, palabras de aliento y motivación constante que me han permitido alcanzar esta meta.

A la Universidad de Cuenca, en especial a la Facultad de Jurisprudencia por sus innumerables enseñanzas que me serán de mucha utilidad en mi vida profesional.

Un agradecimiento especial al Doctor Geovanni Sacasari Aucapiña, quien a través de su disposición, conocimientos y paciencia supo instruirme tanto en el ámbito académico como humano contribuyendo de esta manera a culminar la presente monografía.

## INTRODUCCIÓN

La regla general de convivencia ordena que todo perjuicio derivado de una acción ilícita, deba ser reparado. Nos encontramos entonces frente a la obligación de reparar a la víctima del perjuicio causado. Mediante la reparación se busca colocar al ofendido en el mismo estado que se encontraba si el daño no se hubiera producido. Sin embargo en múltiples ocasiones, en razón de la naturaleza del perjuicio sufrido no resulta posible devolver las cosas al estado anterior y entonces resulta necesario acudir a la determinación de un valor indemnizatorio, como forma de compensar a la víctima por los perjuicios causados.

Al hablar de la cuantificación, del quantum o monto indemnizatorio nos referimos a la labor que tiene el magistrado judicial de valorar y traducir el padecimiento sufrido por la víctima a un determinado valor.

Aparentemente parece fácil el señalar que la persona que ha sufrido un daño, deba tener derecho al resarcimiento, para lo cual se determinará un monto o quantum de indemnización. Pero ya en la praxis jurídica se hacen presente las siguientes interrogantes: ¿Qué hacen los jueces al determinar el quantum indemnizatorio?, ¿Qué variables consideran al otorgar cierta cantidad de dinero?, ¿Cuál es la importancia relativa de dichos lineamientos al momento de fijar la indemnización? ; y son las que han motivado el presente trabajo de investigación. A más de ello, durante las últimas décadas, el daño moral ha sido objeto de un gran debate tanto por su concepto, por su naturaleza, su valoración, entre otras.

En el afán de dar respuestas a las preguntas planteadas y a los diferentes cuestionamientos se vuelve indispensable un análisis doctrinario y jurisprudencial que enseñe de manera más clara como se desarrolla y articula el razonamiento judicial a la hora de indemnizar el daño moral, pues de la manera como la encontramos establecida en nuestra legislación civil deja un margen amplio de interpretación, pues queda a prudencia del juez la determinación del valor de la indemnización.



Para empezar con el estudio de mi monografía, en el primer capítulo me remitiré a nociones generales del daño moral; definiré al daño moral, describiré sus antecedentes, naturaleza y sus clases. También explicaré lo referente a la Reparación del daño moral, así como sus teorías y formas de reparación.

En el segundo capítulo veremos aspectos trascendentales a tomar en consideración para una cuantificación, que se hacen presentes en la acción de daño moral, tales como son los elementos de esta acción, la legitimación activa y sus derivaciones, legitimación pasiva y la prueba que es fundamental a la hora de tomar una decisión, pues bien sabemos que fijado el tema probandum, también se encuentra fijado el tema decidendum.

En el tercer y último capítulo, analizaré el alcance de la cuantificación de daño moral, los principios que rigen su determinación, la motivación y la prudencia como límites para el juez al momento de realizar la determinación del quantum indemnizatorio, diferentes criterios e información que se estiman importantes en la cuantificación del daño moral y finalmente una breve referencia a la cuantificación del daño moral en otras legislaciones.

De esta manera en el desarrollo de mi monografía podremos apreciar los diferentes criterios, teorías, formas de reparación, datos que se deben tomar en consideración para lograr así una justa indemnización por el daño moral causado.



## CAPÍTULO I

### EL DAÑO MORAL Y SU REPARACIÓN: NOCIONES GENERALES

#### 1.1 Indemnización por daños y Perjuicios

No hay duda alguna que el hombre es un ser eminentemente sociable, pues la vida de éste se encuentra vinculada con sus semejantes, con los cuales mantiene una comunidad de intereses, de aspiraciones y deseos; pero esta comunidad solo puede persistir en base a normas (morales, jurídicas, etc), cuyos preceptos contienen las principales relaciones de la vida y sin las cuales existiría el caos social.

Estos preceptos jurídicos se hacen presentes en las distintas etapas del derecho, así el antiguo pueblo romano fundamentaba su comportamiento en 3 axiomas o máximas de sabiduría, que son: *honeste vivere* (vivir honestamente), *suum cuique tribuere* (dar a cada uno lo suyo) y el *alterum non laedere*, es decir no dañar a otro, mismos que abarcaban todos los aspectos regulados por las normas y que constituyen principios en las relaciones con sus semejantes. Es así que de este último, me refiero al principio general del derecho, de no dañar a otro, hace que sea posible la vida en la sociedad, más cuando es conculcado acarrea una responsabilidad, la cual consiste en la obligación de indemnizar el daño causado. El autor De Cupis Adriano se refiere a ella como “una reacción del derecho para facilitar la represión del daño”.<sup>1</sup>

En el contexto etimológico la voz responsabilidad proviene de respondere que significa prometer, merecer, pagar: *responsalis* significa el que responde (fiador). En un sentido más restringido *responsum* (responsable) significa el obligado a responder de algo o de alguien, la expresión stipulatio, por la cual una persona asume una obligación, así como sponsio, palabra que designa la forma más antigua de obligación.<sup>2</sup>

---

<sup>1</sup> Contreras Claudio. *La Responsabilidad Extracontractual*. Editorial Parlamento Ltda. Chile. 2009. pp 17-18

<sup>2</sup> Cienfuegos Salgado, Santos. Responsabilidad Civil por Daño Moral. Internet: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/revdpriv/cont/27/dtr/dtr3.pdf>. Acceso: 5 de septiembre de 2015.

El diccionario usual de Guillermo Cabanellas define a la responsabilidad como “La obligación de satisfacer y reparar por uno mismo o en ocasiones especiales, por otro la pérdida causada, el mal inferido o el daño originado”.<sup>3</sup>

El Dr. José García Falconi en su obra “La demanda Civil de Daños y perjuicios y daño moral por responsabilidad subjetiva en contra de los Jueces, Fiscales y Defensores públicos”, al tratar el fundamento de la responsabilidad lo hace en palabras del tratadista Arturo Alessandri Rodríguez, quien define a la responsabilidad como “la obligación que pesa sobre una persona de indemnizar el daño sufrido por otro”.<sup>4</sup>, en otras palabras una persona es responsable cuando está obligado a indemnizar un daño.

Así también, Vásquez Ferreyra transcribe la definición de Brebbia en el siguiente texto “hay responsabilidad civil cuando un sujeto, actuando antijurídicamente, ocasiona un daño a otro y en mérito a la atribución que de tal resultado hace el ordenamiento jurídico al imputado sea a título de culpa o por factores ajenos en principio a esa idea, tiene la obligación de reparar el daño causado”.<sup>5</sup>

Borja Soriano considera que “la responsabilidad civil consiste en la obligación que tiene una persona de indemnizar a otra los daños y perjuicios que se le han causado”<sup>6</sup>. De esto se infiere que la existencia de un problema de responsabilidad, supone un daño cuya víctima pide reparación.

La acción de indemnización, como mecanismo de reparación del daño causado, está encaminada a reparar el daño efectivamente causado, esto es cuando se ha suscitado un hecho ilícito; pues conlleva el efecto jurídico de que el autor del acto contrario a derecho deba restablecer la situación a favor del agraviado, constituyendo una sanción de tipo resarcitorio o indemnizatorio. Desde luego, esta indemnización debe ser integral<sup>7</sup>. Esto es, debe extenderse respecto de los daños patrimoniales y extrapatrimoniales.

---

<sup>3</sup> Cabanellas, Guillermo. *Diccionario Jurídico Elemental*. Editorial Heliasta. Argentina. 1997. p 276.

<sup>4</sup> García Falconi, José. *La demanda Civil de Daños y perjuicios y daño moral por responsabilidad subjetiva en contra de los Jueces, Fiscales y Defensores públicos*. Ediciones Rodin. Quito. 2010. p 173.

<sup>5</sup> Vasquez, Roberto. *Responsabilidad por daños*. Ediciones De Palma. Buenos Aires. 1993. p 28.

<sup>6</sup> Borja Soriano. *Manual Teoría General de las Obligaciones*. México. 1996. p 456.

<sup>7</sup> En este sentido, una de las principales características del Estado Constitucional de Derechos y justicia son la implementación de las medidas de reparación, elementos distintivos de vital interés entre la aplicación de

La responsabilidad puede tener dos tipos de fuentes. En primer lugar puede provenir del incumplimiento contractual, cuando arrastra hasta si una responsabilidad contractual; pero también puede surgir del incumplimiento de un deber jurídico de no dañar, lo cual implicaría una responsabilidad extracontractual.

El fundamento de la indemnización no es otro más que el de llegar a la justicia, y acogiendo la definición de Soriano que mencioné con anterioridad, la noción de responsabilidad está íntimamente ligada a la consecuencia a la violación del deber jurídico de no dañar a nadie.

## 1.2 Noción Etimológica del Daño

Como lo he mencionado en líneas anteriores una vez que exista una conducta ilícita que cause un daño a una o más personas, éste debe ser reparado, buscando restablecer el orden jurídico violado, de tal manera que para que existe una reparación se torna imprescindible la existencia de un daño, porque caso contrario no habría un derecho subjetivo violado.

Daño proviene etimológicamente del latín *damnum*, daño, pérdida, multa. Guillermo Cabanellas de Torres en su diccionario jurídico se pronuncia sobre el daño el cual lo define “en sentido amplio toda suerte de mal material o moral. Mas particularmente el detrimento, perjuicio o menoscabo que por acción de otro se recibe en la persona de los bienes”.<sup>8</sup>

Zannoni considera que el daño consiste en “el menoscabo que, a consecuencia de un acaecimiento o evento determinado, sufre una persona, ya en sus bienes vitales naturales, ya en su propiedad, ya en su patrimonio”.<sup>9</sup>

En términos generales se puede decir que el daño es el menoscabo que experimenta una persona en bienes, cuerpo o alma, quien quiera que sea su causante y cual sea la causa.

---

reparación integral que se refieren a un conjunto de medidas orientadas a retribuir y la posibilidad de retornar las cosas al estado anterior a la vulneración o por lo menos aproximarse a este estado ideal de reparación.

<sup>8</sup> Cabanellas, Guillermo. Op. Cit. p 88.

<sup>9</sup> Zannoni, Eduardo. *El Daño en la Responsabilidad Civil*. Editorial Astrea. Buenos Aires. 1993, p 21.

### 1.2.1 Diferencia entre Daño y Perjuicio

Al referirse a la reparación de daños, tanto la doctrina como la legislación ecuatoriana utilizan los términos daños y perjuicios, pero ¿Se podría pensar que estas palabras tengan distinto significado?

Para aclarar esta terminología debo remitirme al derecho romano, ya que en éste se consideraba que dentro de la indemnización de daños y perjuicios habían dos componentes: el daño emergente y el lucro cesante. Al daño se lo relacionaba con el daño emergente, en cambio al perjuicio se lo relacionaba con el lucro cesante. Por tanto se consideraba al daño emergente como la pérdida del objeto propio de la obligación y lucro cesante como la utilidad o ganancia no obtenida debido al incumplimiento, mora o cumplimiento parcial objeto de la obligación.<sup>10</sup>

La jurisprudencia Colombiana, del Consejo de Estado, ha dicho que “la palabra daño equivale exactamente a perjuicio”. Así, a diferencia de ésta, la Corte Suprema de Colombia, dijo en una sentencia con mayor análisis:

El daño, considerando en sí mismo, es la lesión, la herida, la enfermedad, el dolor, la molestia, el detrimento ocasionado a una persona en su cuerpo, en su espíritu o patrimonio; mientras que el perjuicio es el menoscabo patrimonial que resulta como consecuencia del daño, y la indemnización es el resarcimiento, la reparación, la satisfacción o pago del perjuicio que el daño ocasionó.<sup>11</sup>

La jurisprudencia ecuatoriana ha dicho que es herencia del derecho romano que se tome a estas palabras con significados diferentes. Según esta sentencia, la palabra daño se utilizaba como la reparación, indemnización o resarcimiento de un perjuicio. Por eso se justifica que nuestro Código Civil utilice estas dos palabras como si tuvieran significados diferentes.

En la actualidad, la doctrina al hablar de estos conceptos, los toma como si fueran sinónimos. El daño viene a ser lo mismo que el perjuicio, una injuria a un interés jurídico protegido.

---

<sup>10</sup> Medellín, Carlos. *Lecciones de Derecho Romano*, Bogotá, Temis, 1997, p 18.

<sup>11</sup> “Blogspot”. Internet: <http://cuantificaciondeperjuicios.blogspot.com/2015/06/diferencia-entre-dano-y-perjuicio.html>. Acceso: 23 de octubre de 2015.

### 1.3 Definición de Daño Moral

El concepto de Daño Moral no ha sido tratado de manera universal en las diversas legislaciones, tanto así que ciertos autores lo denominan daño no patrimonial, daño inmaterial, daño no económico o daño extrapatrimonial; pero todos ellos se refieren a lo mismo.

Luis Humberto Abarca afirma que por daño moral se entiende “toda ofensa subjetivamente considerada, de un derecho extrapatrimonial que el ordenamiento jurídico confiere a las personas y que se manifiesta objetivamente como un agravio al titular del derecho o víctima de la ofensa, que provoca un detrimento, menoscabo o vulneración de un derecho extrapatrimonial de que se trate”.<sup>12</sup>

Jorge Joaquín Llambias señala “El daño moral es una lesión en los sentimientos por el sufrimiento o dolor que padece una persona que no es susceptible de apreciación pecuniaria”.<sup>13</sup>

Enrolado en esta posición Zannoni define al daño moral como “el menoscabo o lesión a intereses no patrimoniales provocados por el evento dañoso, es decir por el hecho o evento antijurídico”.<sup>14</sup> Agrega el autor que la noción se basa en los siguientes presupuestos: la naturaleza del interés lesionado y la extrapatrimonialidad del bien jurídico afectado.

Como observamos, todos los autores citados, coinciden en referirse al daño moral como aquel detrimento no patrimonial, afectivo que sufre una persona por la conducta ilícita de otra.

De este modo el daño moral es la privación y disminución de aquellos bienes que tienen un valor precioso en la vida del hombre, como son la paz, la tranquilidad del espíritu, la libertad e integridad individual que constituyen sus más gratos afectos.

---

<sup>12</sup> Abarca, Luis. *El Daño Moral y su Reparación en el Derecho Positivo*. Editorial Jurídica del Ecuador. Quito. 2014. p 13.

<sup>13</sup> Llambias, Jorge. *Derecho Civil Obligaciones*. Segunda Edición Editorial Perrot. Buenos Aires. 1997. p 331.

<sup>14</sup> Zannoni, Eduardo. Op. Cit, p 287.



Siguiendo autores como Domínguez, las corrientes conceptualizadoras del daño moral pueden clasificarse en dos grandes grupos, dependiendo si lo definen positiva o negativamente.

En lo que se refiere a las definiciones negativas como la afección a bienes que tienen en común carecer de significación patrimonial. Por otro lado las definiciones positivas dan al daño moral un contenido de *pretium doloris* (precio de las lágrimas), como un menoscabo a los bienes de la personalidad, o como la diferencia entre el estado del espíritu anterior y actual al hecho dañoso.

Además el daño moral puede ser apreciado objetivamente como pecuniario y no pecuniario.

Al hablar de daño moral pecuniario hace referencia al hecho de que no admite valuación económica, pero afecta indirectamente al patrimonio del ofendido, en tanto que el daño moral no pecuniario consiste en la no afección al patrimonio, ya que se traduce en el miedo, en la humillación, en el sufrimiento que experimenta el ofendido a consecuencia de la actividad ilícita del ofensor.

En la Jurisprudencia ecuatoriana hay también pronunciamientos específicos sobre este punto. Uno de ellos consta en la Gaceta Judicial N° 2 de la serie XV p.399 , en el cual se condena a un banco por daño moral consistente en haber citado injustificadamente una demanda de cobro por la prensa, alegando no haber conocido el domicilio del deudor:

TERCERO: Precisa en este fallo la cita doctrinal sobre el daño moral, para cuyo efecto en este considerando, se menciona parcialmente la doctrina expuesta por el profesor Chileno Arturo Alessandri Rodriguez, en su obra de la responsabilidad extracontractual en el Derecho Chileno, segunda edición , págs. 220 y siguientes: “el daño moral consiste en una molestia o dolor no patrimonial, en el sufrimiento moral o físico, no lesiona el patrimonio, no se traduce en ninguna pérdida pecuniaria, el patrimonio de la víctima está intacto; consiste exclusivamente en el dolor, pesar o molestia que sufre una persona en su sensibilidad física o en sus sentimientos, creencias o afectos, de ahí que a la indemnización que lo repare se lo denomina *pretium doloris*, el daño moral ha dicho una sentencia es aquel que proviene de toda acción u omisión que pueda estimarse lesiva a las facultades espirituales, a los afectos o a las

condiciones sociales o morales inherentes a la personalidad humana: en ultimo término todo aquello que signifique un menoscabo en los tributos o facultades morales del que sufre el daño”<sup>15</sup>

Zavala de González sugiere ir “más allá de las lágrimas”, de modo que no sea la paz del espíritu alterado lo único que determina una demanda, y propone la ampliación del ámbito del resarcimiento. Se refiere a la existencia en el ser humano de un capital moral, que se compone de todo lo que éste es en sustancia, y da ejemplos de la forma en la que se puede atentar contra este capital como la ceguera, la pérdida del sentido del gusto. Observa que en la personalidad no hay únicamente una órbita afectiva, la sensibilidad, sino también la cognoscitiva y la volitiva, que pueden ser afectadas, pudiendo ser situaciones que causen daño moral casos como amnesias, descerebraciones, etc.<sup>16</sup>

De lo anotado se desprende que fuera del patrimonio familiar, todas las personas cuentan con un patrimonio valioso, supra patrimonial; como son su rectitud, sus valores, su respeto, su fuerza espiritual; es decir todo un conjunto de realidades individuales y sociales que configuran su patrimonio moral y que una vez que estos bienes hayan sido conculcados dan lugar a la acción por daño moral.

#### **1.4 Bien Jurídico Tutelado en la Acción de Daño Moral: Protección a los Derechos Extrapatrimoniales**

Se entiende como derechos Patrimoniales a todos aquellos derechos individuales pero con contenido económico que ya sea de forma directa o indirecta reportan un beneficio para su titular.

Pues si bien este es el panorama de los derechos patrimoniales; como derechos extrapatrimoniales, a palabras del Dr. Luis Humberto Abarca Galeas vamos a entender a “todos los bienes jurídicos carentes de contenido económico como los derechos de la personalidad y de la familia propiamente

---

<sup>15</sup> Barragán, Gil. *Elementos del Daño Moral*. Tercera Edición. Corporación de Estudios y Publicaciones. Quito. 2008. p 121.

<sup>16</sup> Zavala de González, Matilde. *Resarcimiento del Daño Moral*. Primera Edición. Editorial Astrea. Buenos Aires. 2009.pp 51-56.

tales. Entre los primeros tenemos el derecho a la vida, a la libertad, al nombre, a la privacidad, a la integridad física y moral, etc; en tanto que entre los segundos se encuentran el derecho a la maternidad, a la paternidad, el derecho de filiación, etc”.<sup>17</sup>

El tratadista Santos Cifuentes, se refiere a estos derechos como aquellos que constituyen manifestaciones determinadas, físicas o espirituales de las personas, objetivadas por el ordenamiento normativo y llevadas al rango de bienes jurídicos.<sup>18</sup>

Hoy en día, los derechos extrapatrimoniales desempeñan un papel importante, puesto que no es dable imaginar un ordenamiento jurídico que no reconozca o tutele bienes jurídicos, tales como la libertad, la integridad, la honra, la reputación. Son derechos personalísimos, por tanto inherentes al ser humano y que son connaturales a la calidad de tal. Gozan de la característica de ser inalienables porque se encuentran fuera del comercio y son imprescriptibles ya que no se extinguen con el pasar del tiempo, tampoco son objeto de renuncia ni transferencia, sin embargo a pesar de ello nada impide que su vulneración pueda incidir también sobre el patrimonio de su titular.

Además, en los actuales estados democráticos, los derechos extrapatrimoniales de las personas alcanzan protección constitucional. Sin lugar a duda el Ecuador, como Estado Democrático no puede quedarse atrás en este desarrollo jurídico, político, cultural.

Al respecto, la norma Constitucional vigente, en su título III, denominado “De los Derechos, Garantías y Deberes”, trata en varios de sus capítulos sobre derechos de la persona natural, de la familia, de la educación, de la seguridad social, del trabajo, derechos políticos; entre otros. Y de cada uno de estos derechos subyacen, se reconocen y garantizan derechos patrimoniales.

Es necesario destacar, que de conformidad con lo dispuesto en el Art 17 de la Carta Política, el Estado Ecuatoriano también garantiza a las personas sujetas a la jurisdicción el libre y eficaz ejercicio, así como también el goce de los derechos humanos establecidos en la Constitución, en las declaraciones,

---

<sup>17</sup> Abarca, Luis. Op.cit p 12.

<sup>18</sup> Cienfuegos, Santos. Op.cit. p 13.

pactos y convenios y más instrumentos internacionales vigentes, esto por haber intervenido como parte en tales eventos internacionales.

Por otra parte, como los derechos extrapatrimoniales trascienden a todas las esferas de la vida social, en el campo penal, su cuerpo normativo, esto es el Código Orgánico Integral Penal, se encuentra estructurado de tal manera que sus capítulos tienen por objeto incriminar conductas que a la final vulneran derechos de esta naturaleza.

La legislación ecuatoriana, contempla la necesidad de indemnizar el daño moral, también en el Código Civil y el Código Orgánico de la Función Judicial.<sup>19</sup>, por tanto la protección de los derechos extrapatrimoniales de las personas, va de la mano con todas las normas del ordenamiento jurídico y su transgresión conlleva a la reparación del daño moral.

### **1.5 Antecedentes Históricos del Daño Moral.**

Aunque actualmente se considera que es necesario resarcir el daño moral derivado de la responsabilidad extracontractual, ha existido a lo largo de la historia una gran dificultad para admitir la necesidad de resarcir estos daños.

Efraín Torres Chaves manifiesta que el hombre se diferencia de todos los demás seres vivos, en que posee una razón moral, una facultad concedida por Dios, se dice que le permite conocer el bien y el mal.<sup>20</sup>

En efecto el hombre se encuentra dirigido por ideales espirituales, pues de hecho si nos remontamos a épocas antiguas encontramos a los Diez Mandamientos, como la ley moral suprema, pero también en el evangelio de San Mateo 16,26 habla del “daño del alma”.

Luis Humberto Abarca señala que al final del régimen de la Comunidad Primitiva, en la época de la Barbarie rigió el sistema de la Venganza Privada y de la Composición Penal, durante el cual toda ofensa que infiere daño materialmente considerado a un sujeto se considera inferido a toda su familia, por lo que era deber ineludible del ofendido y sus familiares castigar al ofensor

---

<sup>19</sup> Al respecto véase el Art 2231, 2232 del Código Civil y Art 34, 35, 36 y pertinentes del Código Orgánico de la Función Judicial.

<sup>20</sup> Torres chaves, Efraín. *El Daño Moral*. Primera Edición. Segunda Parte. Cuenca. 1994. p 15.

y a los miembros de su familia, castigo que podía ser eludido mediante el pago de la composición penal.<sup>21</sup>

Como se aprecia en este sistema inicial la responsabilidad no estaba particularizada en el autor del daño ya que respondían incluso los familiares. En la venganza no se sujetaba a medida alguna ni era proporcional a los daños ocasionados. Inicialmente la Venganza era obligatoria y la composición penal subsidiaria, con posterioridad la composición se convierte en obligatoria y la venganza adopta el carácter de subsidiaria.

En el derecho Indio se encuentra presente el denominado código de Manú, el cual data aproximadamente de unos 600 años antes de Cristo, esta obra jurídica se caracterizaba por su regulación normativa, religiosa y moral. Este código es considerado para ciertos autores como el punto de partida de la regulación moral, y esto es debido a su gran variedad de normas éticas. El código de Manú detalla cuidadosamente la indemnización por daños provocados contra el honor, estableciendo penas pecuniaria, corporales e incluso la muerte.

En el Derecho romano los intereses no patrimoniales se llegaban a resarcir de manera pecuniaria. Así la *actio iniuriarum* daba a la víctima de los delitos contra la integridad física o moral una amplia protección de esos bienes jurídicos no patrimoniales.

Debido a la imposibilidad para estimar el valor pecuniario de la persona libre y de sus bienes no patrimoniales, se consideraba que en la mayoría de los casos era la propia víctima la que debía fijar la cuantía de la lesión de esos bienes.

La Ley Cornelia de Injurias reformó y produjo un cambio en el campo de las injurias, concediendo a las víctimas de injurias graves, elegir entre el ejercicio de la *actio injurium* o una persecución criminal o extra ordenen para que se aplique al autor una pena corporal como por ejemplo los azotes, el destierro, etc.<sup>22</sup>

---

<sup>21</sup> Abarca, Luis. Op. cit.p 27.

<sup>22</sup> Maciá, Ramon. El Daño Moral. Internet:  
<file:///C:/Users/Usuario/Desktop/DA%C3%91O%20MORAL/EL%20DA%C3%91O%20MORAL%20%20CON%20ELEMENTOS%20Y%20VALORACI%C3%93N%20%20AB%20Ram%C3%B3n%20Maci%C3%A1%20G%C3%B3mez.html>. Acceso: 6 de Octubre de 2015.

En el Derecho de Justiniano la víctima de la injuria, cualquiera que ella fuese, podía optar por la *actio iniuriarum* o la acción extra ordenem<sup>23</sup>.

Sin embargo, en el Derecho Romano también había ciertos casos en los que la cuantía del resarcimiento estaba fijado por el Edicto de los Ediles como la muerte producida por animales salvajes fijada en doscientos sueldos.

Durante la Baja Edad Media con la legislación Alfonsina destacamos el texto de Las siete Partidas, en el cual se trata el tema del daño moral de forma muy casuística. Queda suficientemente claro en el texto citado el reconocimiento que a este daño se hace con la definición que del daño se da en la Partida VII, tít. XVI, l. I: *“empeoramiento o menoscabo o destruymiento que ome rescibe en si mesmo, o en sus cosas por culpa de otro”*; esta definición comprende tanto el daño patrimonial como el moral cuando se refiere al daño que el hombre recibe en sí mismo.

La solución que Las Partidas dan a este problema es regular las lesiones a bienes extrapatrimoniales incluso mediante indemnizaciones pecuniarias.

Mientras que el Derecho romano incluía dentro de las lesiones extrapatrimoniales los daños a la integridad moral (injurias y calumnias) el derecho de Las Partidas se ciñe casi de manera exclusiva en los daños a la integridad física.

El Derecho Francés dio un giro al Derecho histórico dando apertura para reclamar obligaciones en ese entonces inéditas como la responsabilidad sin culpa que se aplicaba para el trabajador, también los daños morales, entendido como aquella disminución a bienes como la paz, la tranquilidad, el honor, etc; lo cual generó un notable desarrollo social, político y cultural con notable trascendencia a nivel mundial, reivindicando la importancia de los derechos morales y espirituales y en base a tal importancia se los consideró como bienes jurídicos a tutelar dentro de una sociedad, otorgando incluso protección constitucional.

## **1.6. Naturaleza del Daño Moral**

En cuanto a la Naturaleza Jurídica del Daño Moral, la doctrina señala que es de

---

<sup>23</sup> Torres, Efrain. Op. cit. p 70.

índole fundamentalmente subjetiva, ya que va en relación directa con el ser humano. También se lo considera como piedra angular en el reconocimiento de la persona humana como el eje central en la sociedad; persona que tiene derecho a un equilibrio en su estado psíquico y espiritual, cuyas alteraciones deben repararse.

El autor Gil Barragán Romero señala que la naturaleza del Daño Moral se debe a la alteración de la Homeostasis<sup>24</sup>, ya que al constituir en el campo de la psicología una situación de equilibrio y preservación de nuestro ser, mismo que sería irrumpido al provocar el daño. A partir de ella se produce una alteración traumática, afectando de esta manera a la paz y al equilibrio de la persona.<sup>25</sup>

Además señala este autor que se debe tener presente que el grado de reacción, pues va a ser distinto dependiendo del sujeto. Puede ser que a una persona le ofenda tal actitud y a otra no.

#### **1.6.1 El Daño Moral generado por el ilícito extracontractual**

Ciertos autores también se refieren al daño moral generado por el ilícito extracontractual<sup>26</sup>; consecuentemente el daño moral aparece como consecuencia de la conducta de la persona que lesiona el derecho extrapatrimonial reconocido en la ley.

De esta manera el Art 2232 del Código Civil en su primer inciso expresa que el daño moral debe ser reparado, siempre que la indemnización se hallare justificada por la gravedad particular del perjuicio sufrido por el ofendido, Así como la prueba de la conducta vulneratoria de su derecho extrapatrimonial. El inciso final de esta misma disposición se refiere a la relación de causalidad entre la conducta y el resultado lesivo, por tanto si no se genera esta relación de causalidad entre la conducta y el daño no se genera obligación alguna.

Concomitantemente con este precepto, el Art 1453 del referido cuerpo legal, manifiesta que la obligación nace a consecuencia de un hecho voluntario ilícito. Lo ilícito es lo contrario al ordenamiento jurídico y en él se comprende aquello

---

<sup>24</sup> Homeostasis: Capacidad del cuerpo humano de mantener su composición química, su temperatura y su estado de salud a un nivel adecuado.

<sup>25</sup> Barragán, Gil. Op.cit. p 100.

<sup>26</sup> Se considera que la responsabilidad es extracontractual, cuando no preexiste una obligación válida.

prohibido por la ley; entonces esta norma tiene un carácter prohibitivo porque prohíbe causar daño o injuria a una persona.<sup>27</sup>

Entendiendo que el dolo es el elemento subjetivo del delito y la culpa del cuasidelito, cabe señalar que el hecho que la conducta ilícita se haya efectuado con dolo o culpa por sí sola, no tiene trascendencia jurídica, puesto que si no existe la injuria o daño no se configura el delito o cuasidelito y por ende no nace la obligación. En esta virtud podemos decir que la conducta ilícita por su naturaleza comprende tanto la acción antecedente como el resultado subsiguiente.

### **1.6.2 La reparación del Daño Moral derivado del Incumplimiento del Contrato.**

Es el contrato el instrumento mediante el cual dos o más personas establecen una o más relaciones jurídicas, contrayendo obligaciones recíprocas para cada uno de los sujetos de la relación y facultando exigir el cumplimiento de la obligación contraída.

Matilde Zavala de Gonzales al hablar del daño moral de origen contractual se refiere a mismo, como un perjuicio espiritual derivado del incumplimiento o mal cumplimiento de un convenio, así como también y en general de la inejecución de obligaciones previamente contraídas entre el responsable y la víctima.<sup>28</sup>

Si por regla general la conducta ilícita que transgrede a las estipulaciones contractuales ocasiona un daño que da nacimiento a una nueva relación jurídica que es la de reparar el cumplimiento de esa obligación, por excepción el ilícito contractual también puede producir un daño moral cuando la conducta del incumplidor conjuntamente con el derecho amparado en el contrato vulneran derechos extrapatrimoniales.

Las circunstancias de que las prestaciones objeto de los contratos deban ser susceptibles de apreciación pecuniaria no obsta la producción de un daño moral o que concurra un interés extrapatrimonial de su incumplimiento. El incumplimiento de las obligaciones contractuales constituye un hecho voluntario ilícito solamente cuando ocasiona injuria o daño al acreedor de tales

---

<sup>27</sup> La misma norma prohibitiva se encuentra en los artículos 2148 y 2214 del Código Civil

<sup>28</sup> Zavala de González. Op.cit. p 149.



obligaciones; por lo tanto vamos a diferenciar claramente dos elementos: un elemento objetivo que comprende a la conducta incumplidora del contrato con el daño resultante y el nexo causal entre la primera y el segundo y un elemento subjetivo que viene a ser el elemento doloso o culposo, el cual determina la responsabilidad civil y obliga a reparar la injuria o daño causado.

Para comprender de mejor manera, el autor Luis Humberto Abarca hace referencia a un ejemplo en este tipo de obligaciones:

Un transportista con permiso de operación para transportar encomiendas de Guayaquil a Quito, mensualmente obtiene de la prestación de este servicio un ingreso promedio de dos mil dólares; y, realiza un contrato de transporte de una mercancía y cuando llega a su destino en la ciudad de Quito, el cliente acusa falsamente al transportista de que las mercancías han sido cambiadas por otras de menor valor, lo cual determina que, se le suspenda su permiso de operación por un mes hasta que la reclamación no tiene asidero legal. En este caso el daño material está representado por el valor del flete que no pago el reclamante con sus respectivos intereses, en tanto que el daño moral de efectos objetivos patrimoniales, está representado por el valor de las ganancias que el transportista dejó de percibir durante el mes en el que se le suspendió el permiso de operación por la reclamación injustificada.<sup>29</sup>

Con lo relatado anteriormente se desprende que la acción por daño moral puede ejercerse en forma accesorio o independiente a la acción proveniente de incumplimiento de contrato, según sea el caso; pues en este tema de debe tener presente lo dispuesto en el artículo 1559 del Código Civil, que expresa “No podrá pedirse a un tiempo la pena y la indemnización de perjuicios, a menos de haberse estipulado así expresamente...”. Esto quiere decir que cuando se haya incorporado una cláusula penal en un contrato y si no se ha estipulado la reclamación tanto de dicha cláusula como de la indemnización de daños causados al mismo tiempo, quedará a facultad del acreedor escoger entre una de ellas, pero no podrán ser ambas al mismo tiempo.

---

<sup>29</sup> Abarca, Luis, Op. cit. p 85

### 1.6.3. La reparación del Daño Moral generada por la Infracción Penal

Respecto a este tema el autor Luis Humberto Abarca en su obra “El daño Moral y su Reparación en el Derecho Positivo”, nos enseña que si el hecho voluntario ilícito se encuentra tipificado en la ley penal, la reparación pecuniaria de la injuria o daño originado por la vulneración de los derechos del particular perjudicado comprende la responsabilidad civil ex –Delito.<sup>30</sup>

Nuestro Código Orgánico Integral Penal vigente en su artículo 19, clasifica a las infracciones en delitos y contravenciones. En materia civil solo se origina responsabilidad por la injuria o daño que ocasione, en tanto que en materia penal el autor de un delito responde penal y civilmente. En este sentido el Art 2214 del Código Civil establece que aquella persona que ha cometido un delito que ha inferido injuria o daño a otra, está obligado a la indemnización sin perjuicio de la pena contemplada por la ley para el delito.

En concordancia con esta disposición el Código Orgánico Integral Penal establece en su artículo 77 que “la Reparación Integral radicaré en la solución que objetiva y simbólicamente sustituya, en la medida de lo posible al estado anterior de la comisión del hecho y satisfaga a la víctima... La Reparación Integral constituye un derecho y una garantía para interponer los recursos y las acciones dirigidas a recibir las restauraciones y compensaciones en proporción con el daño sufrido”.<sup>31</sup> Así también en el mismo cuerpo legal en la disposición 78 se establece dentro de los mecanismos de Reparación Integral: “3. Las indemnizaciones de Daños Materiales e inmateriales”.

---

<sup>30</sup> Ibídem. p 95.

<sup>31</sup> Véase Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso del poder. Asamblea General de las Naciones Unidas, 29 de Noviembre de 1985.

Sobre el resarcimiento: 8. Los delincuentes o los terceros responsables de su conducta resarcirán equitativamente cuando proceda a las víctimas, sus familiares a las personas a su cargo. El resarcimiento comprenderá la devolución de los bienes o el pago por los daños o pérdidas sufridos, el reembolso de los gastos realizados como consecuencias de la victimización la prestación de servicios y la restitución de derechos.

Sobre la Indemnización: 12. Cuando no sea suficiente la indemnización procedente del delincuente o de otras fuentes, los Estados procurarán indemnizar financieramente:

- a) A las víctimas de delitos que hayan sufrido importantes lesiones corporales o menoscabo de su salud física o mental como consecuencia de los delitos graves.
- b) A la familia, en particular a las personas a cargo, de las víctimas que hayan muerto o que hayan quedado física o mentalmente incapacitadas como consecuencia de la victimización.

La jurisprudencia ecuatoriana también se ha pronunciado sobre este particular y nos dice:

Que, en nuestra legislación, siguiendo este último sistema, se ha optado por posibilitar que en el caso de daños morales, se pueda de modo independiente de la acción penal y las indemnizaciones que en este orden se puedan establecer, se pueda fijar una indemnización de carácter civil, así:  
Artículo innumerado agregado a continuación del Art. 2258: ?Art. ... Las indemnizaciones por daño moral son independientes por su naturaleza, de las que en los casos de muerte, de incapacidad para el trabajo u otros semejantes, regulan otras leyes  
Lo cual sin duda se debe a la naturaleza jurídica de la reparación por daño moral, esto es, la de constituir una PENA DE CARÁCTER PRIVADO, porque fundamentalmente atañe al interés de la persona agraviada, por lo cual claramente se determina...<sup>32</sup>

Se debe tener presente que el derecho a la indemnización por daño inferido a la víctima con el cometimiento de una infracción penal, se lo declara *IN Genero* en la sentencia penal condenatoria, cuando se ha reclamado mediante una Acusación Particular.

Según el artículo 621 de la norma legal antes mencionada, expone que luego de haber pronunciado su decisión en forma oral, el tribunal reducirá a escrito la sentencia, la que deberá incluir una motivación completa y suficiente tanto en lo relacionado con la responsabilidad penal como con la determinación de la pena y la reparación integral a la víctima.

## **1.7 Clases de Daño Moral**

### **1.7.1. El Daño Moral Objetivamente Considerado**

El Doctor José García Falconi señala que los daños Morales Objetivados son los perjuicios materiales derivados del daño a un bien extrapatrimonial, esto es son aquellos que entrañan para la víctima alguna consecuencia pecuniaria,

---

<sup>32</sup> Véase Jurisprudencia N°102-2000-TP. Registro Oficial S110 del 30 de junio de 2000.

alguna disminución y merma de su patrimonio causada o producida con ocasión o como resultado de un quebranto moral, por ejemplo inhibirse del trabajo que lo hace productivo, a consecuencia de la muerte de una persona querida.<sup>33</sup>

Si bien el daño moral no es susceptible de ser apreciado por nuestros sentidos, pero cuando el daño moral es objetivo podemos apreciar objetivamente los efectos que se producen sobre el patrimonio del ofendido y de esta forma cuantificar de mejor manera una indemnización equivalente al perjuicio económico que se le ha ocasionado.

El daño moral objetivo es aquel que “lesiona un derecho extrapatrimonial con repercusión en el patrimonio, es decir, genera consecuencias económicamente valiables.”<sup>34</sup>

Para mayor comprensión el autor Luis Humberto Abarca en su obra “El daño Moral y sus reparación en el Derecho Positivo”, nos remite un ejemplo de daño moral objetivo, siendo el mismo el siguiente: “un ingeniero civil se encuentra a punto de ser adjudicado una obra de construcción en la que obtendrá un honorario de 5000 dólares líquidos, pero no es adjudicado porque cierta persona la difama calificándolo de incompetente y de irresponsable ante la persona que se encontraba a punto de contratar sus servicios, lo cual determina que no se le adjudique la obra, lo que le ocasiona perjuicio económico consiste en la pérdida de honorarios que iba a devengar”.<sup>35</sup>

Del citado ejemplo podemos colegir que el daño moral objetivo si bien afecta un derecho de naturaleza extrapatrimonial, este incide en el patrimonio material generando como consecuencia un deterioro económico, el cual, es plenamente valorable de cualquier tipo de compensación económica.

---

<sup>33</sup> García Falconi, José. Op. cit. p 232

<sup>34</sup> Poder Judicial. Internet:  
<http://sitios.poderjudicial.go.cr/salaprimera/Temas%20jurisprudenciales/Trabajo%20sobre%20da%C3%B1o%20moral.pdf>. Acceso: 3 de Octubre de 2015.

<sup>35</sup> Abarca, Luis. Op. cit. p 25.

### 1.7.2. El Daño Moral Subjetivamente Considerado

Luis Humberto Abarca nos enseña que “si la conducta antisocial que vulnera uno o más derechos extrapatrimoniales del ofendido ocasionándole un daño moral que afecte indirectamente a su patrimonio y que lo podamos apreciar mediante operaciones mentales de análisis lógico crítico inductivo, aunque no es susceptible de una valuación económica nos encontramos en el daño moral de efectos subjetivos...”<sup>36</sup>

El Daño Moral subjetivo se produce como consecuencia de la violación de un derecho extrapatrimonial; dicha vulneración incide indirectamente en el patrimonio del ofendido, como cuando se ofende a una persona causándole humillaciones o en aquellas perturbaciones injustas de las condiciones anímicas del individuo (disgusto, desánimo, desesperación, pérdida de satisfacción de vivir, entre otros).

En el Daño Moral de efectos subjetivos a diferencia del Daño Moral de efectos objetivos, la apreciación, por el mismo hecho de afectar indirectamente el patrimonio del ofendido no se la puede valorar objetivamente, pero si se la puede apreciar racionalmente.

De esta manera el daño moral subjetivo consiste en el dolor físico o psíquico, es lo que se conoce en la doctrina como “Pretium Doloris”<sup>37</sup> que es el “valor o precio del llanto”, pues como fenómenos del alma humana, el dolor, la pena, la sensación de desamparo y desconcierto que experimentan quien es víctima de un ilícito ya sea doloso o culposos, también son susceptibles de ser reparados.

Pero si hablamos del daño moral subjetivo como aquel causado por los dolores físicos o psíquicos, en este sentido también son indemnizables el perjuicio estético, el perjuicio sexual, el perjuicio al buen nombre y sobre todo el perjuicio a la integridad personal, que en otras legislaciones se las denomina “daño de relación”.

---

<sup>36</sup> Abarca, Luis. Op. cit. p 376.

<sup>37</sup> A Criterio del autor Marcelo Pazmiño, en su obra *Acción Civil de Daño Moral*, el “pretium doloris”, es el daño propiamente dicho. pp 89-90.

El Art 2231 del Código Civil, en su parte final define al daño moral subjetivo de manera expresa al mencionar que: hay lugar a la indemnización pecuniaria, por las imputaciones injuriosas, no solo si se prueba daño emergente o lucro cesante, sino también perjuicio moral.

La distinción entre daño moral objetivo y subjetivo, es útil porque deslinda el área afectiva social y aquella sufrida en el ámbito individual, pero además incide en la prueba del daño moral, circunstancia que se analizaré en el siguiente capítulo.

## **1.8 La Reparación Del Daño Moral**

### **1.8.1 Diferenciación de términos: Indemnización, Resarcimiento y Reparación.**

Al hablar de reparación de daño moral se torna imprescindible referirme a los conceptos de Indemnización, Resarcimiento y Reparación, pues esta terminología generalmente es utilizada como sinónimos mientras que ciertos autores establecen diferencias entre ellos.

El diccionario de Guillermo Cabanellas<sup>38</sup> indica que indemnizar significa resarcir un daño o perjuicio. Resarcir<sup>39</sup> según el mismo diccionario significa indemnizar, reparar, compensar un daño, perjuicio o agravio. Reparar<sup>40</sup>, en cambio significa, desagraviar, satisfacer al ofendido, remediar o precaver un daño o un perjuicio. Por tanto podemos apreciar que estas tres palabras gramaticalmente vendrían a ser sinónimos, pero no lo son en sentido jurídico ya que la doctrina y la jurisprudencia la definen de diferente manera.

Recurriendo a la doctrina, se puede afirmar que la indemnización es una compensación pecuniaria para realizar el resarcimiento o la reparación por un daño o perjuicio. La diferencia básica entre el resarcimiento y la reparación, según algunos autores es que el resarcimiento sirve para referirse a daños materiales, en tanto se justifica que exista el término resarcimiento, ya que este sirve para contemplar los daños morales. Como se observa la diferencia entre

---

<sup>38</sup> Cabanellas, Guillermo. Op. cit. p 202.

<sup>39</sup> Ibídem. p 350.

<sup>40</sup> Ibídem .p 346.

resarcimiento y reparación puede ser mínima, pero a la vez no hay uniformidad en cual es la verdadera diferencia, más en la practicas se aplica la primera para efectos de daños patrimoniales o materiales y la segunda para daños morales, pero, no siendo criterios exclusivos.

La utilización de la palabra reparación, en especial se ha aceptado cuando se trata de violaciones de derechos humanos ya que gran parte del daño producido es moral.<sup>41</sup>

Cabe mencionar además que el termino reparación proviene del derecho romano, *In integrum restitutio*, ya que cuando una persona resultaba lesionado por la realización de un acto antijurídico podía solicitar al pretor el *in integrum restitutio*. Se trataba de una acción que trataba de otorgar al demandante una reparación completa, esta acción también se admitía cuando el perjuicio resultare en un daño de tal naturaleza que no pueda restablecerse las cosa al estado anterior, y es así que esta acción se convirtió en lo que hoy conocemos como el principio de reparación integral de daños, el cual indica que todo daño causado debe ser reparado por su responsable con el fin de restablecer el equilibrio destruido.

### **1.8.2 Formas de Reparación del Daño Moral.**

A lo largo de la historia han surgido varias posturas en torno a la reparación por el daño padecido, tradicionalmente dos criterios son los más relevantes:

- El criterio de la Reparación Natural o in natura.
- El criterio de la Reparación por Equivalente, o también denominado indemnización de perjuicios.

#### **1.8.2.1 La Reparación Natural o in natura**

Este método de Reparación tiene como fundamento que, de producirse un daño que menoscabe los derechos de una persona, se debe restablecer dicha situación, de tal modo que se deje al perjudicado en la misma condición que se encontraba antes de suscitarse el hecho. Cabe señalar que este criterio ha sido acogido por gran parte de la legislación mundial.

---

<sup>41</sup> "Derechos a la verdad, a la justicia y a la reparación integral en casos graves a violaciones de Derechos humanos". Internet.<http://www.hchr.org.co/publico/pronunciamiento/ponencias/po0345.pdf>. Acceso: 12 de noviembre de 2015.

Carolina Salazar Vallejo y María del Pilar Gonzales Puyana en su obra “El Daño Moral”, citan las palabras del autor Arturo Alessandri “La reparación natural es eficaz cuando crea una situación materialmente correspondiente a la que existía de no producirse o suscitarse el daño”.<sup>42</sup>

Empero dicho criterio vendría a ser un tanto insuficiente ya que en la práctica jurídica surgen problemas respecto a su aplicación, pues el mencionado método es perfecto únicamente en aquellos casos correspondientes a daños materiales, siendo escaso para aquellos casos de índole extrapatrimonial. Concretamente en el caso de Daño Moral resulta imposible repararlo de manera natural ya que es inadmisibles borrar el daño padecido a la víctima peor aún regresarlo al estado anterior, ante lo cual este criterio resulta imperfecto.

#### **1.8.2.2 La Reparación por Equivalente**

A raíz de que el derecho reconoce aspectos relativos a la personalidad del hombre, como objetos de su tutela jurídica, ya que los mismos pueden ser sujetos de numerosas lesiones o cualquier otro tipo de daño; surge un criterio para repararlo, aun cuando no se trate de un bien de naturaleza patrimonial, puesto que se reconoce y ampara por el ordenamiento jurídico otros bienes que no son únicamente patrimoniales, tales como el honor, la paz, la libertad, siendo bienes que por su propia naturaleza no son susceptibles de que ninguna cantidad económica los repare; pues constituyen bienes invaluable. Sin embargo, ello no quita su tutela que profesa aliviar el daño padecido.

La reparación por equivalente se da cuando se compensa el daño otorgando una cantidad monetaria. Se explica que mediante esta reparación, se restaura el equilibrio patrimonial de la víctima tomando en cuenta que el daño representa un valor. La reparación por equivalente es utilizada tanto en casos de reparación de daños materiales como en daños morales. En el primer caso, el valor de la reparación será exacto al valor del daño producido. Para los daños morales, en cambio, el valor de la reparación será el adecuado para compensar el daño sufrido por la víctima.<sup>43</sup>

---

<sup>42</sup> Salazar, Carolina; González María. *El Daño Moral*. Bogotá. 1990, p 81.

<sup>43</sup> Corte Suprema de Justicia de Ecuador. Resolución N° 29,200, de 29 de octubre de 2002.



Entonces entendemos que la reparación por equivalente, si bien aparentemente parecería encontrarse estrictamente limitado al campo de lo económico, esto es a ser reparado mediante dinero, el cual es el mecanismo más usual, no constituye el único modo en nuestros actuales tiempos, ya que se acepta cualquier otro medio que tenga como finalidad compensar y satisfacer integralmente al agraviado, tal como puede ser

### **1.8.3 Teorías Sobre la Reparación del Daño Moral**

En relación a este tema existen varias teorías que cabe mencionar, alguna de ellas empiezan a partir de la naturaleza de la reparación de este daño moral, otras incluso indican que tiene que ver con la finalidad que persigue este tipo de daños. Al respecto existen principalmente dos posturas bien definidas y una más bien ecléctica.

Existe una posición minoritaria que indica que el carácter de la reparación del daño moral es eminentemente punitiva. También existe una posición mayoritaria que indica que la reparación del daño moral es de carácter resarcitoria, por lo que todo daño moral debe ser reparado. A su vez, existe una posición intermedia que explica que la reparación de daños tiene carácter resarcitorio y al mismo tiempo sancionatorio o punitivo. Para responder la pregunta de cómo debe ser reparado también es pertinente remitirse a una teoría que considera que la reparación no debe ser pecuniaria y ésta se denomina el turismo vacacional.

#### **1.8.3.1 La Reparación del Daño Moral tiene carácter Punitivo**

Esta primera teoría justifica la existencia de la indemnización de daños y perjuicios en base a la sanción que se debe dar al actor del ilícito, mas no debido al daño moral producido en la víctima. La autora Carmen Domínguez nos enseña que “ésta reparación es una verdadera pena privada porque en primer lugar se persigue castigar al responsable por la lesión causada y mediante esa sanción desincentivar futuras acciones en el mismo sentido y

segundo, porque se encuentra establecido a favor de la víctima y no del Estado, diferenciándose así de las penas públicas”.<sup>44</sup>

Entonces según esta posición la reparación de daño moral se basa en la idea de que los derechos vulnerados son de naturaleza ideal, lo cual expresa que no son susceptibles de apreciación económica de ningún tipo.

En este sentido Eduardo Zannoni en su obra “El daño en la Responsabilidad Civil”, cita las palabras de Georges Ripert el cual expresa “Lo que mira en realidad la condena, no es la satisfacción de la víctima, sino el castigo del autor. Los daños e intereses no tienen aquí carácter resarcitorio sino únicamente ejemplar”.<sup>45</sup>

El mejor ejemplo de esta teoría, son los ya mencionados daños punitivos, que existen en el derecho anglosajón, los cuales han sido entendidos expresamente como “aquellos que se indemnizan en contra de una persona para castigarle por su conducta ultrajante”<sup>46</sup>.

Lo analizado nos lleva a concluir que esta posición doctrinaria, sustenta que la finalidad del daño moral es de tipo sancionatorio, el cual impone un castigo al artífice de la acción, ya que el resarcir en dinero los sufrimientos resulta inaceptable, por lo tanto la sanción impuesta resulta ser del tipo ejemplar, sancionatorio a modo de castigo o pena contra el sujeto activo del acto.

Respecto a la presente teoría, mi posición es que en el Ecuador no existe la misma como tal, pues en nuestra legislación muy por encima del castigo o sanción que deba cumplir aquella persona que ha ocasionado un daño, la finalidad que persigue es que la víctima de este daño sea reparado íntegramente, esto es mediante cualquier medio o forma de solución, que en la medida posible lo restituya al estado anterior que mantenía antes de haberlo dañado.

---

<sup>44</sup> Domínguez Hidalgo, Carmen. *El daño Moral*, Tomo I, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2000, p 89.

<sup>45</sup> Zannoni, Eduardo. Op. cit, p 304.

<sup>46</sup> Domínguez, Hidalgo; Carmen. Op.cit. p 100.

### 1.8.3.2 La Reparación del Daño Moral tiene Carácter Resarcitorio

Existe otra corriente, la cual en la actualidad resulta ser la mayoritaria. Al contrario del criterio anteriormente expuesto, no es del tipo sancionatorio- ejemplar impuesto a modo de pena o castigo, sino más bien expresa que la verdadera finalidad del daño moral es de tipo satisfactorio- compensatorio, puesto que este cumple únicamente una función o rol de índole satisfactorio.

Esta segunda teoría indica que el dolor si puede ser reparado. La reparación pecuniaria no trata de dar un precio a este dolor, el dinero no busca reemplazar el daño sino más bien se trata de buscar una manera de satisfacer a la víctima, pues si bien el daño no puede regresar a su estado anterior, no se puede borrar ni el daño ni sus consecuencias; a su vez es natural pensar que este daño irreparable deba ser resarcido como una especie de satisfacción o complacencia de alguna manera.

Zannoni indica al respecto “Que sea difícil demostrar la realidad del dolor, del pensar, de las aflicciones y más aún, que ese dolor o en general, sentimientos que el daño provoca, no tengan precio, no significa que no sean susceptibles de apreciación pecuniaria.<sup>47</sup>”

Si bien es cierto que en la práctica jurídica resulta complicado evaluar el dolor, las afecciones, las angustias, molestias o pesares; esta imposibilidad de valuación o bienes conmensurables ha llevado a férreos defensores a pensar que en el caso del daño moral se debe considerar la reprochabilidad de la conducta. De hecho desde otra perspectiva, Barros también propone la consideración del dolo en la determinación del quantum del daño, pero sólo a propósito del juicio de causalidad, pues una conducta dolosa tendría como efecto expandir los riesgos creados e imputados objetivamente en un examen ex post.<sup>48</sup> El daño en materia de responsabilidad civil es el mismo, sin importar si éste se generó dolosamente. La muerte será la misma, ya se haya generado con dolo o culpa.

Por otra parte El Dr. José García Falconi en su obra “Parte Practica del juico por la acción de Daño Moral y forma de cuantificar su reparación”, expresa en

---

<sup>47</sup> Zannoni. Eduardo . Op. Cit, pag 104.

<sup>48</sup> Barros, Enrique. *Tratado de Responsabilidad Extracontractual*. Editorial Jurídica de Chile. Santiago 2006, p 404.

palabras de Tomasello Harta lo siguiente: “El dinero que el ofensor paga a la víctima no será la representación exacta del dolor que experimente, pero le servirá para compensarlo procurándole los medios de aliviarse de él, o de buscar otras ventajas o satisfacciones que le permitan disiparlo, o hacerlo de alguna manera mucho más soportable.”<sup>49</sup>

Vale la pena señalar que nuestra legislación se inclina por la presente teoría. Además se puede decir que el enfoque al determinar la cuantía de la indemnización va de la mano con un estudio de la víctima, de su situación económica, y de otros factores que analizaré en el capítulo posterior, con la única finalidad de compensar, satisfacer de alguna manera el daño que se haya generado; so pena de ella la Jurisprudencia emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha dicho respecto de esta teoría:

La realización de la justicia, con las debidas reparaciones, contribuye a reordenar las relaciones humanas, y reestructurar el psiquismo de todos los victimados. La realización de la justicia debe darse desde la perspectiva de la integralidad de la personalidad de las víctimas. Las reparaciones más bien *alivian* el sufrimiento de los victimados, al constatar la realización de la justicia. En fin, como me permití señalar en mi Voto Razonado en el caso de los *"Niños de la Calle"* (*Villagrán Morales y Otros versus Guatemala*, Reparaciones, Sentencia del 26.05.2001).<sup>50</sup>

### **1.8.3.3 La Reparación del Daño Moral tiene carácter punitivo y resarcitorio**

Esta tercera teoría de posición intermedia indica que la reparación del daño moral es sancionatoria y al mismo tiempo resarcitoria; lo cual significa que por un lado se busca satisfacer y dar un alivio a la víctima del daño moral y por otro lado tiene una segunda función al ser ejemplar e imponer una sanción al actor del acto ilícito. Se explica dentro de esta teoría, que la determinación de la reparación, tiene relación especialmente con los sufrimientos de la víctima y no con respecto a los otros daños producidos.

---

<sup>49</sup> García, José. *Parte Practica del Juicio por Acción de Daño Moral y forma de cuantificar su reparación*. Quito. 2005 pag 106

<sup>50</sup> Véase: <http://www.fielweb.com/Buscador/Norma.aspx?Id=1006434&T=reparacion%20da%C3%B1o%20moral&Opcion=1>.

Esta teoría intenta rescatar lo mejor de cada una de las tesis ya anteriormente mencionadas. Llega a un punto medio pero a su vez no aclara la finalidad de la reparación del daño moral.

#### **1.8.3.4 La reparación del Daño Moral bajo la teoría del turismo vacacional**

Esta teoría es planteada por la autora Ghera y proveniente de Argentina, sin embargo no tiene ninguna utilidad práctica en dicho país.

La teoría del Turismo Vacacional, tiene como fundamento que la finalidad de la reparación del daño moral es la satisfacción para la persona afectada. La satisfacción se llega a producir dotándole de placer a la persona y ésta pueda lograrse a través de un elemento socioeconómico y cultural que es el mediante el Turismo vacacional.

El criterio que mantiene esta posición es que al producirse el daño moral, de manera consecuente se produce un estado anímico negativo en la persona que se traduce en una enfermedad psicológica o emocional. Por tanto para reparar este daño se torna necesario producir en la persona afectada un estado de ánimo positivo, generando alegría, placer emocional para lograr estabilidad en la persona, lo cual se va a lograr otorgando vacaciones a la persona afectada, puesto que las vacaciones se convierten en descanso y el descanso genera placer.

El descanso es una situación socioeconómica, jurídica y sanitaria que genera una regresión a la vida social y económica que tenía antes de que se produjera el daño moral. Para lograr el descanso óptimo y satisfactorio para la persona que ha sufrido el daño moral, existen varias posibilidades y hay que descifrar que es lo más conveniente para la persona, que tienen relación con la condición social de la persona lo cual lleva a la víctima a disfrutar de unas verdaderas vacaciones.<sup>51</sup>

En cuanto a esta tesitura, considero que al igual de su inaplicabilidad en Argentina, no puede pensarse siquiera ser considerada como única forma de reparación en nuestro ordenamiento jurídico. En primer lugar, si como ya lo

---

<sup>51</sup> Algunas ideas que desarrollé en este tema fueron expuestas en la obra de: C. Ghera. *Valoración económica del Daño Moral y Psicológico*. Buenos Aires. Edición Astrea, 2000. p 136.

expuse la reparación conlleva a aliviar, a la satisfacción, compensación de la víctima; no siempre se hallará su plena satisfacción solamente en otorgarle vacaciones, bien puede ser una opción pero también en los actuales momentos existen muchas otras formas de restitución al daño causado y que llevarían a una verdadera reparación integral.

#### **1.8.4 Reparación no pecuniaria del Daño Moral**

Esta es otra posición doctrinaria que se fundamenta en que no es posible una reparación económica por daño moral, quienes sostienen esta tesis reputan lo siguiente: “los sentimientos no se compran, ni se venden, afirmando que no es posible ponerle precio a un dolor”,<sup>52</sup> o como manifiestan algunos doctrinarios “Las lágrimas no se pagan o como dice la jurisprudencia francesa, las lágrimas nunca se amonedan”.<sup>53</sup>

La presente teoría manifiesta que la reparación implica hacer desaparecer el dolor, borrando por completo la ofensa padecida, lo que conlleva a que no sea admitida la reparación por perjuicio moral ya que una reparación de índole pecuniaria o índole económica no podrá suprimir ni extirpar de ninguna manera los trastornos mentales sufridos por la víctima. Por tanto en caso de practicarse una indemnización, ésta iría en contra de los principios del derecho civil, por el motivo de que la mentada reparación es imposible de colocar al ofendido en la misma situación que se encontraba antes de producirla.

Para los defensores de esta doctrina una indemnización provocaría únicamente un enriquecimiento sin causa, para ellos la indemnización sería perfecta siempre que ésta proceda a modo de pena.

Sin embargo esta tesis en la actualidad ha perdido su protagonismo quedando relevada del mundo jurídico, la razón se sustenta en el surgimiento de nuevas tendencias basadas en criterios modernos que sostienen que la indemnización pecuniaria no tiene como finalidad poner un equivalente monetario a los sentimientos humanos si no lo que se persigue es otorgar una especie de utilidad, es decir una compensación por los perjuicios padecidos.

---

<sup>52</sup> García, José. Op. cit. p 113.

<sup>53</sup> García, José. Op.cit. p 227.

## **1.9 Métodos para Evaluar el daño y su reparación.**

Desde el derecho romano se conoce que la reparación se podía fijar por medio de tres métodos o modos que son: mediante la autoridad judicial, la ley o por las mismas partes (a veces con la ayuda de un mediador). Actualmente debido al método de solución de conflictos conocido como Arbitraje, los árbitros también pueden realizar esta determinación.

### **1.9.1 Método Judicial**

En el antiguo pueblo romano, el juez tenía la facultad para realizar la determinación del monto de la reparación si la ley o las partes no habían fijado previamente el método; para cumplir con ello el juez realiza su valuación en base a las probanzas del juicio. Si se acreditara la existencia del perjuicio pero no su monto, la estimación se efectuará prudentemente por el magistrado.<sup>54</sup>

En el método judicial, a criterio de ciertos autores, el juez tendrá un límite especial en la cuantía de la indemnización, este límite se encuentra en la pretensión de la demanda presentada por el actor, que son las pretensiones contenidas en ellas y por ende no puede dar más de lo que se pide. En el Ecuador, este método es el mayormente utilizado para resolver los conflictos de reparación de daño moral y establecer su cuantía.

### **1.9.2 Método Legal**

Se dice que existe una valuación legal del daño cuando la propia ley establece la cuantía de la indemnización debida o el monto máximo o mínimo de la misma.

En el Ecuador no hay tablas tarifadas para la reparación de daños en general, pero si encontramos en el Código de Trabajo un capítulo sobre la indemnización al trabajador. En el cuerpo legal mencionado existen previsiones sobre el cálculo de la indemnización al trabajador no afiliado, indemnizaciones por accidente laboral, esto involucra incapacidades físicas y también muerte, salarios vitales, pensiones vitalicias para la víctima. A su vez también existe una tabla para la valoración de la disminución de la capacidad laboral de los trabajadores. Por ejemplo, esta tabla sirve en caso de pérdidas

---

<sup>54</sup> LLambias, Jorge. *Derecho y Obligaciones*. Tomo I. Editorial Perrot. Buenos Aires. 1998, p 316.

de miembros del cuerpo o lesiones que afecten órganos o funciones del trabajador.

### **1.9.3 Método Convencional**

La valuación es convencional cuando se practica de común acuerdo por el damnificado y el responsable.

Este método, también tiene sus orígenes en el derecho romano, las partes podían convenir o pactar una determinada cantidad de dinero en caso de que alguna de las partes incumpla o el incumplimiento fuera tardío. La convención de esta reparación se llamaba stipulatio poenae y es lo que se conoce en la actualidad como la cláusula penal, según la cual en caso de inejecución de la obligación el deudor se somete al pago de una prestación cualquiera en beneficio del acreedor o de un tercero.

Dentro de método convencional de evaluación del daño se puede incluir también a la transacción. Las partes, para evitar un litigio judicial, pueden eventualmente transar la cantidad que se debe como reparación (a veces con la ayuda del mediador). Esto es convencional y por ende voluntario de las partes.

Por último las partes pueden renunciar expresamente a la jurisdicción ordinaria y convenir en arbitraje en caso de controversia.



## CAPITULO II

### ASPECTOS FUNDAMENTALES DE LA ACCIÓN DE DAÑO MORAL

#### 2.1 El Daño Moral en la Legislación Ecuatoriana

En materia de daños extrapatrimoniales, hasta hace unos años la jurisprudencia ecuatoriana ha sido muy pobre, debido a que con anterioridad a la vigencia de la Ley Reformatoria del Código Civil sobre Reparación de daños morales, que se publicó en el Registro oficial N°779, de fecha 4 de julio de 1984, en nuestro país no existía la posibilidad jurídica de obtener la reparación pecuniaria de los daños meramente morales que se ocasionaban en las distintas esferas sociales.

A pesar de que Nuestro Código Civil contemplaba solamente una norma, la cual tenía por objeto regular el perjuicio moral, basado únicamente cuando atentaba contra la honra de una persona por injurias; en ese entonces era una normativa que contenía grandes vacíos legales para tan importante tema, puesto que descartaba otros casos de daño moral que puede padecer una víctima, tampoco se estableció un sistema o reglas que permitan calcular el monto de indemnización.<sup>55</sup>

Otro desperfecto que acarreaban los primeros cuerpos normativos del Ecuador, era que no se producía distinción alguna de daño, por tanto se concebía que la reparación abarcaba todo tipo de daño, incluido el moral; sumado a ello para el pensamiento de aquellas épocas solo era admisible la reparación del daño patrimonial, desembocando que en la praxis jurídica se torne imposible plantear las indemnizaciones por daños morales.

Nuestro legislador no podía sustraerse a este clamor general y al desarrollo jurídico y cultural y es así como dicta La Ley Reformatoria del Código Civil sobre reparación de daños morales, promulgada en el Registro Oficial el 4 de julio del mismo año, reformándose el Código Civil e incorporándose preceptos relativos a la materia en cuestión, de entre ellas las más importantes:

---

<sup>55</sup> Barragán, Gil. Op. cit. pp 157-163.

- a) Se estableció claramente que, aparte de la pena impuesta en los casos de delito o cuasidelito, estaban obligados a la reparación quienes causaren "daños morales".
- b) El juez debía valorar la indemnización una vez justificada la "gravedad particular" del perjuicio sufrido y de la falta cometida.
- c) Se determinó quienes podían demandar la reparación particularizándose que las instituciones también podían ser afectadas, actuando en tal caso sus representantes legales; y,
- d) Se aclaró que las indemnizaciones por daño moral eran independientes de las que por muerte, incapacidad para el trabajo u otras causas semejantes regulan otras leyes.

Es necesario destacar que los considerandos de la Ley 171 indican que la ley se vuelve necesaria porque innumerables actos ilícitos lesionan bienes morales jurídicamente protegidos, sin embargo de lo cual en virtud de las normas vigentes a esa época, podían quedar sin reparación alguna, siendo necesario llenar este vacío legal incorporando preceptos acordes con las corrientes jurídicas actuales en el Ecuador.

La doctrina de los autores sobre esta materia es también a comienzos del siglo pasado. Uno de los estudios serios publicados en nuestro país respecto a la responsabilidad extracontractual es la de Agustín Cueva en una defensa Judicial; este autor elaboró una interesante teoría sobre la responsabilidad del Estado, a partir de un caso de los daños causados por la tropa a un ciudadano de Ibarra, misma que fue publicada en la revista Forense N 44-45 y la resolución del caso publicada en la gaceta judicial N° 168.<sup>56</sup>

Hoy en día, si bien luego de la reforma al Código Civil, no se ha podido observar otro cambio respecto a la figura de los daños y perjuicios; en otros cuerpos jurídicos tales como la Constitución de la Republica, la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, el Código Orgánico Integral Penal ha ocurrido lo contrario; pues partiendo del contenido de las normas constitucionales vigentes a raíz del 2008, se puede afirmar que en

---

<sup>56</sup> Ibídem. p 158.

materias como la constitucional y penal guardan perfecta armonía con la Carta Constitucional. De esta manera se aporta en beneficio de aquellos quienes han sufrido daños, se enriquece la ciencia del Derecho y se abre un campo para que se constituyan antecedentes en las cuestiones prácticas.

## **2.2 Elementos de la Acción de Daño Moral**

Para que la acción de Daño Moral sea legítimamente procedente, se requiere que el daño que se haya inferido en contra del ofendido cumpla con ciertos requisitos o presupuestos.

El autor Gil Barragán Romero en su obra “Elementos del Daño Moral”, menciona que no son raros los fallos que previenen sobre la necesidad de ponderar el daño y de que en él se den los presupuestos de resarcibilidad de todo perjuicio a fin de impedir el abuso del derecho al que pueden prestarse estas acciones. Puede verse todo esto en los siguientes extractos:

- La simple o pasajera incomodidad, no es el daño al que se refiere la ley.
- Deben tenerse en cuenta la naturaleza del hecho ilícito, la gravedad de la culpa del autor y demás circunstancias.
- El daño moral no es el que se traduce solo en sentimientos de contrariedad, si esa contrariedad no afecta a intereses jurídicos extrapatrimoniales.
- Una inquietud o perturbación del ánimo originada en pasajeras molestias, no puede ser invocada como un agravio resarcible
- Debe mediar una conexión directa adecuada, con el supuesto obrar antijurídico.<sup>57</sup>

Tal y como lo menciona este autor para distinguir los elementos que deben surgir para que se configure el Daño Moral, muchas veces depende de ciertas circunstancias tales como la naturaleza del hecho ilícito.

En este sentido en el capítulo anterior destacamos el daño moral generado por una conducta ilícita extracontractual, la misma que por su naturaleza jurídica presenta los siguientes elementos:

---

<sup>57</sup> Ibídem. p 120.

- a) Elementos Objetivos: La conducta antecedente comisiva u omisiva y el resultado subsiguiente, y la relación de causalidad entre la primera con el segundo.
- b) El elemento subjetivo, que consiste en el contenido doloso o culposo de la acción u omisión.
- c) Que la conducta ilícita no se encuentre tipificada como infracción en la ley penal.

Cabe mencionar que si la conducta ilícita se encuentra tipificada en la ley penal, rebasa la esfera de la responsabilidad civil extracontractual para caer en la responsabilidad civil ex - delito, que difiere en algunos aspectos de la presente.

En líneas anteriores también expuse el daño Moral derivado del incumplimiento de un contrato. Al respecto, bien señala Pizarro en su obra *Daño Moral*: “Un hecho ilícito no deja de ser tal, no modifica su naturaleza, por la mera circunstancia de producirse dentro de una obligación preexistente que resulta incumplida, o fuera de ella. En uno y otro supuesto, el menoscabo espiritual derivado de la lesión a un interés no patrimonial puede ocasionarse y merecer la misma reacción del ordenamiento jurídico, orientada a restablecer el equilibrio alterado mediante el pertinente resarcimiento”.<sup>58</sup>

En este sentido, a criterio del Doctor Luis Humberto Abarca la conducta ilícita incumplidora del contrato, como generadora de derechos y obligaciones se estructura alrededor de los siguientes elementos:

- a) En primer lugar tenemos la preexistencia de una relación contractual de contenido económico que genera derechos y obligaciones correlativas para las partes contratantes.
- b) En segundo lugar tenemos la ilicitud en el incumplimiento de una o más obligaciones contractuales, que vulnere el derecho patrimonial correlativo del sujeto acreedor, que también sufre en relación conexas la vulneración de uno o más de sus derechos extrapatrimoniales.
- c) En tercer lugar tenemos el daño material como resultado de la vulneración del derecho patrimonial amparado en el contrato y también

---

<sup>58</sup> Pizarro, Ramón. *El Daño Moral*, Bs. As. Hammurabi, 2004. pp 165-166.

que el daño que se ocasione al acreedor de la obligación, cuando con la conducta incumplidora también se vulneran sus derechos extrapatrimoniales en relación conexas con el derecho patrimonial.

- d) La relación de causalidad objetiva entre la conducta incumplidora con el resultado injurioso o dañoso.
- e) La relación jurídica accesoria al contrato que se establece entre el deudor responsable del incumplimiento ilícito y el acreedor perjudicado, mediante la cual el primero queda obligado a reparar pecuniariamente la injuria o daño ocasionado, y el segundo adquiere el derecho para exigir y recibir tal reparación.<sup>59</sup>

A lo señalado se añade que por la naturaleza jurídica en el incumplimiento ilícito contractual, podemos distinguir dos elementos: **un elemento objetivo** que comprende a la conducta incumplidora del contrato con el daño resultante y el nexo causal objetivo entre la primera con el segundo, y **un elemento subjetivo** que consiste en el contenido doloso o culposo de la conducta que determine la responsabilidad civil del deudor y que le obliga a reparar pecuniariamente la injuria o daño ocasionado.

En ese contexto el daño moral que se infiere al acreedor aparece como un resultado conexo al daño patrimonial, por tanto en el ámbito de la reparación contractual, el daño moral presupone la existencia de estos elementos, los cuales deberán ser acreditados procesalmente, puesto que por la ausencia de uno de ellos no procede la respectiva acción.

En cuanto se refiere al tema del daño moral generado por una infracción penal, Efraín Torres Chávez en su obra *El Daño Moral*, expresa en palabras de Sebastián Soler “El delito no solamente da nacimiento a la acción penal sino también da origen a la obligación de repararla en el daño material y moral.”<sup>60</sup>

La infracción Penal se configura solamente cuando se realiza alguna de las conductas tipificadas en la ley penal y existe responsabilidad penal cuando el resultado delictivo es consecuencia de la actividad consciente y voluntaria del agente por lo que si este no tiene capacidad de conocimiento ni voluntad, no

---

<sup>59</sup> Abarca, Luis. Op.cit. p 72.

<sup>60</sup> Torres, Efraín. *El Daño Moral*. Primera Edición. Primera Parte. Cuenca. 1994. p 87.

hay responsabilidad penal<sup>61</sup>. En este sentido los presupuestos de la responsabilidad ex - delito son los siguientes:

- a. Que el hecho voluntario ilícito comprensivo de la conducta como de su resultado dañoso, se encuentre tipificado en la ley penal como infracción.
- b. La imputabilidad penal del agente activo de la infracción.
- c. La culpabilidad penal del agente activo de la infracción.

En lo que se refiere al presupuesto número tres, esto es la culpabilidad penal del agente activo de la infracción, el Profesor Jorge Zavala Baquerizo expresa: “No podrá demandarse la indemnización civil mientras no exista una sentencia penal condenatoria firme que declare a una persona responsable penalmente de la infracción de la que se deriva el daño cuya indemnización se demanda”.

62

A criterio de este autor ningún Juez civil podría iniciar un proceso de daño moral en base a una demanda de indemnización por los perjuicios derivados de la comisión de una infracción penal sin que antes existe una sentencia penal firme que declare la culpabilidad de la persona a quien se pretende demandar.

Además señala que es necesaria la sentencia condenatoria firme, dado que en la práctica los supuestos ofendidos o agraviados demandaban ante el órgano jurisdiccional civil la indemnización de perjuicios derivados del cometimiento de un delito sin esperar que el órgano jurisdiccional penal hubiere resuelto tanto sobre la existencia de la infracción como de la responsabilidad penal del infractor, constituyéndose en una elección del demandante a su leal saber y entender y guiándose por la situación económica del demandado. Pero lo grave de esta situación, manifiesta el autor es que podría darse el caso de que el juez penal absuelva al acusado a quien previamente se le demandó y condenó ante el órgano jurisdicción civil. Es así que el mencionado tratadista sugiere la prejudicialidad penal como presupuesto necesario para la indemnización civil por daños.

---

<sup>61</sup> Al respecto el Art 34, 35, 36, 37 y 38 del Código Orgánico Integral penal expresan lo relativo a la culpabilidad del sujeto activo de la infracción penal.

Art 34: Culpabilidad: Para que una persona sea considerada responsable penalmente deberá ser imputable y actuar con conocimiento de la antijuridicidad de su conducta.

<sup>62</sup> Torres, Efrain. Op. cit. p 109.

Empero de ello, al tenor del artículo 2219 del Código Civil, el agente inimputable penalmente puede serlo civilmente y será responsable civilmente del hecho voluntario ilícito civil extracontractual. Inclusive si el agente fuere inimputable civilmente, puede presentarse la responsabilidad civil subsidiaria de la persona a cuyo cargo se encuentra, siempre que pudiere imputársele negligencia, según lo previsto en el artículo 2220 del referido cuerpo legal. Sumado a ello el juez garantista de derechos y justicia al encontrarse frente a la vulneración de bienes jurídicos tutelados, tiene la obligación de avocar conocimiento, para su consiguiente resolución y reparación de ser el caso.

En lo referente a este tema existe un pronunciamiento emitido por el Tribunal Constitucional, el cual indica:

Que, en materia civil las fuentes de la responsabilidad extracontractual se señalan en el **artículo 2211** del Código Civil, es decir estas fuentes son: La ley y los cuasicontratos, cuando nacen de un hecho lícito, y si nacen de un hecho ilícito, las fuentes son los delitos y los cuasidelitos. En el **artículo 2256** del mismo código se establece que si el daño causado se da por malicia (con voluntad y conciencia), estamos en el caso de un **Delito**, y si se da por negligencia, imprudencia o impericia, estamos frente a un **Cuasidelito**. Es decir, es absolutamente factible que exista responsabilidad delictual o cuasidelictual civil sin que exista responsabilidad penal, **no es necesaria la prejudicialidad penal**, pues ésta no se exige en Constitución Política, ni en el Código Civil, ni en el Código Penal. En consecuencia, no se requiere sentencia penal previa de establecimiento y sanción del delito o cuasidelito cometido. En realidad, según el señor Presidente del Congreso, la ley 171 tiende a la simplificación de la Justicia.<sup>63</sup>

Sin embargo de lo anotado a manera general para que el daño moral tenga efectos jurídicos indemnizables según Salazar y Gonzales, es necesario la participación de las siguientes características:

- 1.- Que el daño sea cierto.
- 2.- El daño debe ser de quien lo enmienda.

---

<sup>63</sup> Jurisprudencia N° 102-2000-T. Registro Oficial S.110, publicada el 30 de junio de 2000.

3.- El daño debe lesionar un interés jurídicamente protegido.

4.- Relación de causalidad entre el acto ilícito y el daño.<sup>64</sup>

Al hablar de que el daño debe ser cierto, se hace referencia a que debe existir certeza, es decir un conocimiento seguro y real sobre la existencia del daño. En este sentido se deja a un lado las presunciones o meras expectativas. El daño cierto al ser caracterizado por su notable certeza puede ser de 3 tipos: el daño presente, el daño pasado y el daño futuro.<sup>65</sup>

La segunda característica se refiere al sujeto legitimado activo de la acción de la moral, tema que voy a tratar en el punto siguiente.

En cuanto al tercer requisito como se detalló en temas anteriores el daño moral consiste en la lesión a los derechos extrapatrimoniales y alcanza a las molestias en la inseguridad personal o en el goce de los bienes o en la lesión de las afecciones legítimas de la víctima, tema abordado en el capítulo anterior.

Finalmente debe existir una relación de causalidad entre el acto ilícito y el daño causado, pues no basta con que exista un acto doloso o culposo y un daño sino también este debe ser resultado de aquel. De hecho la palabra inferir que se desprende del artículo 2314 del Código Civil, se refiere a “conducir a una conclusión” o “llevar a un resultado”, por tanto se pone de manifiesto la exigencia de una relación de causalidad.

En la Jurisprudencia ecuatoriana también podemos encontrar manifestación de estos detalles, como en la resolución tomada por la segunda Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema, misma que señala:

**CUARTO.-** Sostiene también el recurrente que en la sentencia impugnada se ha violado el artículo innumerado, agregado a continuación del artículo 2258 del Código Civil, por la Ley 151, publicada en el Registro Oficial 779 del 4 de julio de 1984, que dice lo siguiente: ‘En cualquier caso no previsto en las disposiciones precedentes, podrá también demandar indemnización pecuniaria, a título de reparación, quien hubiera sufrido daños meramente morales, cuando tal indemnización se halle justificada por la gravedad particular del perjuicio

<sup>64</sup> Salazar, Carolina; Gonzales Maria. Op. cit. p 24.

<sup>65</sup> Al hablar de daño futuro me refiero a aquel daño no producido, pero que se caracteriza por ser previsible como prolongación de un daño pasado o actual.



sufrido y de la falta. Dejando a salvo la pena impuesta en los casos de delito o cuasidelito, están especialmente obligados a esta reparación quienes en otros casos de los señalados en el artículo anterior, manchen la reputación ajena, mediante cualquier forma de difamación; o quienes causen lesiones, cometan violación, estupro o atentados contra el pudor, provoquen detenciones o arrestos ilegales y arbitrarios, o procesamientos injustificados, y; en general, sufrimientos físicos o síquicos como angustia, ansiedad, humillaciones u ofensas semejantes. La reparación por daños morales puede ser demandada si tales daños son el resultado próximo de la acción u omisión ilícita del demandado, quedando a la prudencia del Juez la determinación del valor de la indemnización atentas las circunstancias previstas en el inciso primero de este artículo'. Como se ve, esta norma establece el derecho de quien ha sufrido daños meramente morales a demandar una indemnización pecuniaria a título de reparación; pero hacen falta sin duda que para ejercer tal derecho se cumplan algunos requisitos: a) la falta y el perjuicio sufrido deben tener particular gravedad; b) la falta cometida puede ser de muy variada naturaleza: cualquier forma de difamación, actos de violencia física, incluso delitos; procedimientos arbitrarios o injustificados; y, en general actos que causen sufrimientos físicos o psíquicos; c) la reparación puede ser demandada a quien ha causado los daños por acción u omisión próxima, es decir debe comprobarse una relación de causalidad que permita identificar al responsable de los daños; d) esta acción u omisión debe ser ilícita, es decir contraria a la ley; a la justicia; a la equidad o a la moral; y, e) queda a la prudencia del Juez la determinación del valor de la indemnización, atendiendo la particular gravedad de la falta y del daño.<sup>66</sup>

### 2.3 Legitimación Activa

El legitimado activo, no es más que aquel titular del derecho transgredido o lesionado, a quien le asiste el poder jurídico para ejercer la acción.

Lo fundamental de este elemento lo vislumbramos en el principio que reza que

---

<sup>66</sup> Jurisprudencia N°127-2002., emitida por la Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema Registro Oficial 630, publicada el 31 de julio de 2002.

nadie puede enriquecerse injustificadamente ni obtener una indemnización por un daño que no ha sufrido, así también en el viejo aforismo romano *casum sentit dominus*, el daño ha de soportarlo el dueño de la cosa perjudicada.

En principio se puede decir que la acción de indemnización de daño moral corresponde a la víctima, sus herederos o cesionarios. Pero además para pedir el resarcimiento del daño se requiere haberlo sufrido ya sea de manera directa o indirecta. Distinguir entre damnificados directos e indirectos presupone discriminar entre la “víctima inmediata de una agresión” (el muerto, el herido, el injustamente sentenciado, etc), de otras personas englobadas en la situación lesiva y hacia quienes se propaga aquel menoscabo, el cual las convierte también en “afectadas”.<sup>67</sup>

Siendo así los damnificados directos son quienes sufren un daño inmediato (víctimas del daño)<sup>68</sup>, y por tanto esta reclamación se la realiza a *iure proprio* (derecho propio); así el Código Civil manda en su artículo 2233 que la acción por daño moral corresponde exclusivamente a la víctima o su representante legal. En tanto los damnificados indirectos lo experimentan por su especial relación o vínculo con el atacado directo, debiendo, en este último caso, ser prudente el juez al exigir la comprobación del perjuicio, pues de lo contrario, se produciría una serie infinita de legitimados.

Para entender de mejor manera, explicaré mediante un ejemplo: si un sujeto es víctima inmediata de un ilícito, tal el caso en delitos contra el honor o injuria, una persona privada de la libertad; vendría a ser la persona injuriada o privada del honor o la libertad. Mientras que la víctima mediata sería el tercero que como consecuencia del delito sufrido por otra persona, se encuentra lesionado en sus afecciones legítimas.

Si bien en el resarcimiento de daños patrimoniales no hay mayor dificultad al determinar el derecho que tienen los damnificados directos, más no ocurre igual cosa con los daños de índole moral.

---

<sup>67</sup> Zavala de González, Matilde.Op. cit. p 267.

<sup>68</sup> En sentido coincidente, señala Zannoni, que damnificado directo es “quien ve lesionado un interés propio satisfecho mediante un bien jurídico ajeno que ha sufrido un daño”: El daño en la Responsabilidad Civil, p 233.

La ley Ecuatoriana expresa, en efecto, que en caso de imposibilidad física de la víctima podrán ejercitar la acción el representante legal, el cónyuge o los parientes hasta el segundo grado de consanguinidad y si el hecho ilícito hubiere causado la muerte de la víctima pueden intentarla sus derecho habientes, esto es *iure hereditatis*, por derecho heredado, conforme a las normas del Código Civil.

### 2.3.1 Transmisibilidad de La Acción

En muchos casos el daño moral que se provoca al afectado de un ilícito, no afecta únicamente al directo destinatario, me refiero a que por ejemplo en una lesión al honor causada por una injuria o cualquier forma de difamación, si bien daña a quien se la infiere, inevitablemente también alcanza a sus familiares. Es así que el tratadista Gil Barragán Romero manifiesta “Es preciso aclarar que la exigencia de nuestra ley en el sentido de que los daños sean el resultado próximo de la acción u omisión ilícita del demandado, esto es que haya vinculación inmediata entre el hecho dañoso y un damnificado, víctima directa, no excluye que hayan víctimas indirectas con derecho a resarcimiento, pues también con estas puede darse el resultado próximo mencionado.”<sup>69</sup>

En lo tocante a la legitimación activa de los damnificados indirectos (herederos), la doctrina se ha bifurcado asumiendo dos posiciones, una restrictiva y otra amplia.

La primera señala que una de las particularidades del daño moral radica en su carácter personalísimo, y por ende de la acción tendiente a obtener un resarcimiento es inherente a la persona que lo ha sufrido, en vista de haber sido alterado su estado psíquico o espiritual, todo ello a diferencia del daño patrimonial, en el cual no existe inherencia con la persona, por lo cual los herederos pueden accionar aunque no lo hubiere hecho el causante y continuar la acción.

Para quienes comparten esta postura doctrinal, el derecho de indemnización no ingresa en el caudal o haber hereditario de los sucesores, sobre todo

---

<sup>69</sup> Barragán Gil. Op. cit. p 282.

tratándose de los supuestos de muerte instantánea del damnificado directo. En virtud de lo anterior, los causahabientes únicamente tienen derecho a reclamar la indemnización por el dolor o padecimiento aflictivo con la muerte del causante "ex iure proprio" (lesión a los intereses o valores de afección). Bajo esta tesitura, se distinguen dos situaciones:

- a) los herederos no pueden iniciar una acción por daño moral, si el causante no la entabló estando en vida,
- b) no obstante, sí pueden continuar la que ya hubiere incoado el de cujus.

La segunda posición es amplia y admite que los herederos pueden exigir la indemnización por el daño moral sufrido por ellos y el padecido por la víctima, sobre todo en los casos de muerte sobrevenida o posterior al accidente pero debida al mismo, "ex jure hereditatis"; estimando, para justificar tal corolario, que el derecho a la reparación tiene por objeto una prestación pecuniaria de carácter patrimonial (siempre se busca la utilidad patrimonial), independientemente del carácter extrapatrimonial de la esfera de interés lesionada, siendo en consecuencia un elemento patrimonial de la víctima respecto del cual debe admitirse su transmisibilidad. La posición anterior, tiene asidero en el principio según el cual la transmisibilidad constituye la regla en materia de derechos patrimoniales.

Por todo lo anterior, consideran que ningún ordenamiento jurídico puede negar tal transmisión, pues si el derecho al resarcimiento del daño no patrimonial deriva de una agresión a la vida del de cujus, nace a la vida jurídica de manera inmediata en cabeza del mismo, y al ingresar al patrimonio se transmite a sus herederos. Por todo eso, estos últimos pueden reclamar la satisfacción del daño moral causado al fallecido, derivado del dolor sufrido a causa de la pérdida de su vida o por el dolor físico y psíquico sufrido al ser lesionado temporal o permanentemente.

Otro de los aspectos que en la doctrina se debate es acerca de si puede existir un actor cesionario de un derecho de daño moral. En principio se puede manifestar que debido a la esencia del daño moral, esto es por ser un derecho personalísimo y al encontrarse fuera del comercio, su acción no es transferible en vida.

En cambio ciertos autores consideran que es factible una transmisión de esa índole. Respecto a ello la jurista Zavala de González señala que “las acciones fundadas sobre derechos personales no son cesibles, por la razón de que el ejercicio de esos derechos es inseparable de la individualidad de la persona... Pero es cesible toda acción resultante de los derechos de obligación cualquiera que sea el origen de la convención”.<sup>70</sup>

Existe un trasfondo para adquirir cesiones en vida y es que a través de la cesión entre vivos el damnificado encuentra alguna oportunidad para satisfacer anticipadamente su derecho resarcitorio, a través del importe que pague el cesionario para adquirirlo (o incluso puede ser gratuita); y de hecho las transmisiones en vida son más aptas que las mortis causa para alcanzar la finalidad de satisfacción que persigue la indemnización por daño moral.

### **2.3.2 El Daño Moral y las personas sin discernimiento**

La doctrina plantea otro tema y es el de que las personas sin discernimiento, esto es menores púberes, dementes o personas en estado vegetativo, puedan sufrir daño moral.

Respecto a este tema hay dos posiciones. La primera postura es que las personas sin discernimiento no pueden ser considerados como legitimados activos para presentar una acción de daño moral, puesto que estas personas carecen de capacidad para sentir las afecciones a su espíritu o para comprender cabalmente las secuelas de que han sido víctimas.

De esta manera el autor Orgaz señala, que en los supuestos de lesiones graves e incapacitantes en niños de corta edad no hay daño moral por falta de capacidad para experimentar.<sup>71</sup>

La segunda posición que es mayoritaria en la doctrina concibe que las personas sin discernimiento, pueden ser sujetos pasivos de un daño moral, consecuentemente legitimados activos para su reclamación.

---

<sup>70</sup> Zavala de Gonzalez. Op.cit. p 433.

<sup>71</sup> Orgaz, Alfredo. “El daño resarcible”. Marcos Lerner. Editora Cordoba. 1950, pag 247.

Zannoni manifiesta: “que la reparación de daño moral es satisfactiva de un interés extrapatrimonial que ha sufrido, afrenta, agravio, y lo sufre el menor de escasa edad y los sufre el demente en igual medida que un mayor de edad o un cuerdo. El resarcimiento en estos casos, no debe considerarse como la reparación de un modo de sentir el agravio, sino como resarcimiento objetivo de un bien jurídico que también se atribuye a los incapaces. A menos, por supuesto que se suponga que estos son sujetos amoraes”.<sup>72</sup>

El jurista Rosarino Luis Andorno nos dice en su trabajo que “una de las manifestaciones del perjuicio moral consiste en una anormalidad espiritual, susceptible de causar una lesión al equilibrio humanos, desde el punto de vista de la comprensión, de la sensibilidad o de la voluntad. Por esta razón, resulta por tanto posible, que un incapaz pueda ser sujeto pasivo del daño moral...”<sup>73</sup>

Zavala de González dice por su parte que el discernimiento es la idoneidad o potencialidad para conocer, es decir se ciñe a la esfera intelectual. En cambio el daño moral también se proyecta a la esfera volitiva y afectiva de la persona y sostiene “la ausencia de discernimiento, sea anterior al hecho (recién nacido o demente) o causada por este mismo (negligencia médica que provoca la descerebración del paciente) no excluye la posibilidad de ser víctima de un daño moral. Agrega la autora que “la falta de comprensión del propio dolor y de su origen no excluye su existencia” y que “para la configuración del daño moral basta dicho sufrimiento aunque el sujeto no tenga conciencia de él”.<sup>74</sup>

Entonces si la víctima se haya privada de la razón, por cualquier circunstancia, y si bien la acción no sea iniciada directamente por ella no puede dudarse que su cónyuge, padres o hijos, como representantes puedan ejercerla.

### **2.3.3 El Daño Moral y las Personas Jurídicas**

Se puede pensar que de manera general el agraviado por daño moral resulte ser una persona natural, tal y como lo hemos venido explicando en temas

---

<sup>72</sup> Zannoni Eduardo. Op. cit. pag 446.

<sup>73</sup> Andorno, Luis. *La reparación del daño moral*. Zeus T. 43. p 8.

<sup>74</sup> Zavala de González, Matilde. *Las personas sin discernimiento y las personas jurídicas como sujetos pasivos del daño moral*. J.A. 1985, p 796.

anteriores; pero esto no priva del hecho que las personas jurídicas<sup>75</sup> también puedan ser el ofendido del cometimiento de un ilícito.

En cuanto a este tema también existen ciertos criterios doctrinarios. Ciertos autores, tales como Mosset Iturraspe, Zavala de Gonzalez, Pizarro, Trigo Represas no reconocen legitimación activa para reclamar a las personas jurídicas, ya que se trata de entes que por su propia naturaleza no son susceptibles de sufrir padecimientos espirituales.

Esta primera tendencia negatoria, sostiene entonces que una persona jurídica, no es susceptible de sufrir daños de naturaleza moral, en tanto y en cuanto se encuentran incapacitados de percibir afecciones de tipo sentimentales, y esto como consecuencia de ser entes ficticios que carecen de facultad de sentir, dolor, tristeza, o cualquier tipo de trastorno.

Esta doctrina cuenta con exponente como la jurista Zavala de González, misma que sostiene que “la persona de existencia ideal tiene una subjetividad jurídica, pero carece de un sustrato psíquico. No tiene intelecto, voluntad ni afectos que puedan verse afectados como resultado de un hecho ilícito”.

Pizarro siguiendo esta misma corriente concluye que el daño moral solo puede ser experimentado por una persona individual, ya que es un perjuicio a su subjetividad y lo padece en el ámbito de su espíritu. En consecuencia las personas jurídicas por carecer de subjetividad no pueden ser afectados por daño moral, aunque pueden sufrir menoscabo en aquellos atributos de índole similar a la persona individual, pero ello solo es indemnizable a título de daño material”.<sup>76</sup>

Conforme a esta posición la doctora Carolina Salazar Vallejo en su obra “El daño Moral”, cita el criterio del autor Renato Scognamigli, el cual expresa “Que si bien la persona jurídica no tiene responsabilidad psicofísica que le permita

---

<sup>76</sup> Pizarro, Ramón. Ritman Horacio. El Daño Moral y la persona jurídica. Editorial Rubinzal Culzoni. Santa Fe. 1999. p 15.

experimentar dolor o cualquier otro sentimiento propio de los seres humanos, no puede pensarse que tal sujeto pueda sufrir perjuicio moral”.<sup>77</sup>

En contrapartida a esta tendencia existe una teoría, la cual afirma que si bien la persona jurídica carece de capacidad para sentir cierto tipo de afecciones como el dolor, angustia, tristeza; es portadora de otros derechos extrapatrimoniales como los son el crédito, el buen nombre, el prestigio, la reputación, por ende el ataque a estos derechos de naturaleza también extrapatrimoniales, que ocasionan un daño moral, el cual debe ser reparado por el ordenamiento jurídico.

En este sentido Brebbia sostiene “las personas jurídicas son titulares de un derecho al nombre y ellas también tienen una consideración social equivalente al honor de las personas de existencia visible. Por esta razón, ellas pueden sufrir un perjuicio moral, y por consiguiente demandar su reparación”.<sup>78</sup>

Con lo expuesto, podemos afirmar que las personas jurídicas indudablemente pueden ser objeto de perjuicios morales ya que el descrédito, la deshonra, el ataque al buen nombre, determinan un deterioro en su integridad moral, pues ellos forman parte de los atributos de la personalidad jurídica, mismos que se les reconoce y protege jurídicamente como un derecho civil fundamental de las personas naturales o jurídicas, en el numeral 8 del artículo 23 de la Constitución Política Vigente.

#### **2.3.4 El Daño Moral Colectivo**

Al hablar de derechos colectivos nos referimos a aquellos que reconocen, garantizan y protegen el ordenamiento jurídico a la población considerada como comunidad, esto con la finalidad de que las personas inmersas en él, puedan desarrollarse en condiciones saludables de vida, en un medio ambiente sano y ecológicamente equilibrado.

Pero de igual forma como existe la violación de derechos individuales, así también los derechos colectivos pueden llegar a verse vulnerados, cuando se

---

<sup>77</sup> Salazar Carolina; Gonzales Maria. Op. cit. p 151.

<sup>78</sup> Brebbia, Roberto. Citado por Andorno en su trabajo titulado *La reparación del Daño Moral*. Zeus. T. 43, p 17.



afecte un grupo humano considerado comunitariamente, privándole los beneficios que se derivan de tal derecho.

Nuestra legislación civil a manera general otorga acción popular para la prevención del daño contingente, pero si este amenaza solamente a personas determinadas, únicamente a ellas pertenecerá la acción. Así lo señala la ley en el artículo 2236 del Código Civil.

El daño Moral Colectivo se caracteriza porque varias personas resultan afectadas de la vulneración al bien jurídico tutelado, por ejemplo en el caso de unos campesinos ribereños que por haber regado en sus cultivos las aguas contaminadas con desechos tóxicos, los pierden y quedan privados de su medio de subsistencia, no cabe duda de que experimentan sufrimientos psíquicos, representados por la angustia o desesperación, que les ocasiona esta privación.

El doctor Luis Humberto Abarca señala los presupuestos para la existencia de Daño Moral derivado de la vulneración de derechos colectivos, enumerando los siguientes:

- a) Que el daño sea una consecuencia directa de la vulneración del derecho colectivo, lo cual significa que, debe encontrarse ligado por una relación de causalidad objetiva que lo genera, como cuando las consecuencias ambientales negativas que producen los desechos tóxicos arrojados en un río afectan comunitariamente a todo el grupo social, ocasionando a todos sus miembros sufrimiento psíquico por la pérdida de los beneficios que presta el río como lugar de esparcimiento en sus aguas.
- b) Que el daño moral que sufre comunitariamente el grupo social, pueblo o comunidad pueda apreciarse objetivamente como una consecuencia de los efectos negativos de la vulneración del derecho colectivo, ya que si bien el sufrimiento moral transcurre en la conciencia de los miembros del grupo social comunitariamente afectado, tal objetividad es consustancial a la naturaleza y característica de tales efectos negativo”.<sup>79</sup>. En el ejemplo citado en líneas anteriores, cuando las

---

<sup>79</sup> Abarca, Luis. Op.cit. p 117.

aguas del río contaminado por desechos tóxicos, no pueden ser utilizados no pueden ser utilizados por los habitantes de esa zona para la práctica de deportes acuáticos y esparcimiento, lo cual se traduce en un sufrimiento por daño moral. En tanto que el daño material radica en los gastos y obras materiales para la descontaminación del río, así como para la repoblación de peces y especies vegetativas.

Por tanto es admisible la existencia de daño moral colectivo comunitario, pero solamente se presenta en aquellos casos en que los miembros del grupo social experimentan sufrimientos derivados de la conculcación de sus intereses colectivos, ya sea a su entidad democrática, geopolítica, étnica-cultural, entre otras.

## **2.4 Legitimación Pasiva**

El sujeto pasivo o infractor es considerado aquella persona llamada a enfrentar la acción planteada por el actor y a reparar la lesión del derecho violentado.

La legitimación pasiva en el juicio indemnizatorio, según palabras del doctor Efraín Torres Chaves " la acción de indemnizatoria por perjuicios en el caso de la legitimación pasiva se dirige contra todo aquel que responda por el daño".<sup>80</sup>

En la legislación Civil Ecuatoriana podemos apreciar similar contenido, así la disposición 2214 de Código Civil afirma que "aquella persona que ha cometido un delito o cuasidelito, que haya inferido daño a una persona, está obligado a repararla mediante una indemnización".

También se debe tener presente que en ocasiones puede existir un responsable del hecho ajeno, tal es el caso de la acción que se plantea contra el padre de familia por los hechos ilícitos del hijo menor que vive con él.

Por otra parte como ya se analizó anteriormente la indemnización para el caso indemnizatorio es transferible por lo tanto puede codescender a sus herederos conforme lo indica el artículo 2216 del cuerpo referido anteriormente, que dice que están obligados a la indemnización el que hizo el daño y sus herederos. De igual manera en el supuesto que existan dos o más personas que ejecuten un

---

<sup>80</sup> Torres, Efraín. Op. cit. p 90.

delito o cuasidelito, ellas serán responsables solidariamente por el perjuicio ocasionado en concordancia con lo que reza el artículo 2217 del mismo cuerpo legal “si un delito o cuasidelito ha sido cometido por dos o más personas, cada una de ellas será solidariamente responsable de todo perjuicio procedente del mismo delito o cuasidelito”.

## 2.5 La prueba en el Daño Moral

Para iniciar este punto cabe definir que es la prueba. Prueba viene del latín *probus* que significa bueno, correcto, probo, lo certero. Pero ya en el campo procesal tiene real utilidad para demostrar la pertinencia, legalidad o ilegalidad de los actos dictados en ese ámbito.

En definitiva en todo campo de las ciencias y en especial de las reconstructivas se hace necesario probar los hechos, los resultados y las causas de estos; reconstruyendo el pasado, examinando el presente y deduciendo el futuro, pues solo la prueba da certeza sobre la verdad o falsedad de un hecho.

Considero que la prueba del daño moral es un asunto complejo y de trascendencia, no solo como presupuesto de condena, sino para decidir el monto a indemnizar. El capítulo anterior nos referimos al daño moral objetivo y subjetivo y además se mencionó que la importancia de diferenciarlas radica precisamente en el *thema probandum*; por las siguientes circunstancias que voy a exponer a continuación.

La prueba del daño moral subjetivo es “*in re ipsa*”, porque es el propio hecho generador el que hace surgir este tipo de vejamen, y las pruebas se obtienen a través de “presunciones de hombre”, las cuales son inferidas de los indicios.

El principio *in re ipsa is loquitor* (los hechos hablan por sí mismos), es una premisa que manda a probar el daño como real y cierto, la certidumbre y exactitud de su existencia es un requisito indispensable.<sup>81</sup>

Si bien en lo referente a la prueba del daño moral, el principio es que

---

<sup>81</sup> Pazmiño, Marcelo. *Acción Civil de Daño Moral en Accidente Laboral*. Editorial Jurídica del Ecuador. Quito. 2013, p 67.

deba acreditarse su existencia y gravedad; carga que le corresponde a la víctima, recordando la máxima *Onus probandi incumbit actori* ( la carga de la prueba incumbe al actor). Sin embargo se ha admitido que tal prueba se puede lograr a través de presunciones del hombre inferidas de los indicios, ya que, el hecho generador antijurídico pone de manifiesto el daño moral, pues cuando se daña la psiquis, la salud, la integridad física, el honor, la intimidad, entre otras; no es fácil inferir el daño, por ello se dice que la prueba del daño moral existe "in re ipsa".

Sobre el particular, la Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte suprema en la jurisprudencia N° 279-2003, ha manifestado:

En cuanto a la opinión del recurrente de que los actores no han sufrido ninguna molestia, ningún dolor o pesar, cabe recordar lo que al respecto sostiene la doctrina: 'El daño moral y su intensidad pueden no tener una manifestación externa, quedan en el fondo del alma y ni siquiera exigen una demostración: no haría falta la prueba del dolor de un padre que pierde el hijo esperado por mucho tiempo, el que ha de ser sostén de su vejez, para mencionar uno de los más crueles. El daño resarcible no se evidencia, como frecuentemente ocurre con los perjuicios patrimoniales. Por lo mismo, en la doctrina y en la jurisprudencia se ha concluido en que no se requiere una prueba directa de su existencia. El padecimiento se tiene por supuesto por el hecho antijurídico que lo provoca y es suficiente la valoración objetiva de la acción antijurídica. Para las lesiones del espíritu, rige el principio in re ipsa... La prueba del daño moral deberá ser la del hecho ilícito que lo ha provocado, el delito o un cuasidelito que han afectado a bienes jurídicamente protegidos, y el de la atribución del mismo al que causó el daño y los fundamentos para declararlo responsable' (Gil Barragán Romero, Elementos del Daño Moral, Segunda Edición, Editorial EDINO, Quito, páginas 195 y 196). En consecuencia se desecha también esta alegación. Por las consideraciones expuestas, esta Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY, no casa la sentencia expedida por la Segunda Sala de la Corte Superior de Justicia de Ibarra, en el juicio ordinario que por daño moral siguen M. L. y L. M. en contra de W. Q., representado por el doctor L. C. como su

procurador judicial. Con costas, fijándose en cincuenta dólares de los Estados Unidos de Norte América, los honorarios de la abogada de los actores por su defensa ante esta Sala. ...<sup>82</sup>

Por ello, aunque el principio rector en materia de responsabilidad civil sea que los daños deben ser probados por la parte que los pide, el daño moral subjetivo se convierte en una excepción a esta regla; bajo la lógica de que no es dable exigir una demostración fehaciente, indubitable e incontestable de la entidad de la lesión causada, dado que se manifiesta por preocupación, perturbaciones del ánimo, enfado, estrés, angustia, y, en general cualquier suerte de padecimiento psicológico ocasionada por una conducta antijurídica. De ahí que, al afectar la esfera íntima del sujeto, exigir prueba en este sentido, es en extremo dificultoso.

Es así que, el juez utilizando indicios que tamiza con las reglas de la experiencia las presunciones de hombre y sobre todo aplicando su sana crítica, pondera la situación soportada por el damnificado, a fin de determinar si presumiblemente hubo lesión de los valores de la personalidad. Justamente con base en estas características se ha afirmado que el daño moral subjetivo existe “in re ipsa”, pues su prueba es difícil obtenerla derivado de su naturaleza.

En este mismo sentido, en la Jurisprudencia N° 74-2000, emitida por la Segunda Sala de lo Civil y Mercantil señala:

**QUINTO.-** El agraviado, señala como cargo a la sentencia impugnada, que está irrespetando, los artículos 117, 118, 120 del Código de Procedimiento Civil, normas todas que tienen relación con la obligación que tiene cada parte de probar los hechos que alegan y más aún el actor, unido a que las pruebas presentadas deben ser pertinentes y relacionadas a la litis entablada, ya que no se ha probado el hecho que ha producido el daño moral, peor aún este último, a este respecto es necesario señalar: 5.1.- El daño moral o extrapatrimonial tiene sustantividad propia e independencia absoluta del daño material o patrimonial, aunque sus indemnizaciones sean acumulables. Los daños morales reconocen fuentes, fundamentos, prueba, valoraciones, etc.,

---

<sup>82</sup> Jurisprudencia N° 279-2003, emitida por la Corte Suprema. Registro Oficial 263, publicada el 30 de enero de 2004.

totalmente diferentes o distintas de los daños patrimoniales, por lo que no puede exigirse una prueba de carácter directo respecto de los mismos por ser de naturaleza distinta, facultando al juzgador a determinar prudencialmente el monto de los daños, pero sin que se excluya a los otros medios probatorios que consagra la legislación, criterio recogido en el inciso primero del primer artículo innumerado del artículo 2 de la Ley de Reparaciones de Daños Morales, publicada en el Registro Oficial No. 779 de 4 de julio de 1984”.<sup>83</sup> (Lo subrayado me corresponde)

De lo anterior se infiere que en estos casos el ejercicio de la conducta antijurídica permite, por sí sola, presumir la existencia de aquél, toda vez que el daño moral subjetivo proviene de la lesión a un derecho extrapatrimonial que supone una perturbación injusta de las condiciones anímicas, por consiguiente no requiere de una prueba directa y queda a la equitativa valoración del Juez. Se podría decir entonces que los tribunales están facultados para decretar la condena y cuantificar el monto, tampoco se debe probar su valor porque no tiene un valor concreto. Se valora prudencialmente.

A diferencia de lo que ocurre con el daño moral subjetivo, la demostración del daño moral objetivo debe realizarse como si se tratara del daño patrimonial. En cuanto a la resarcibilidad del daño moral objetivo, se ha establecido que no es válido el argumento conforme al cual el resarcimiento del daño moral implica la dificultad de lograr una equivalencia entre el daño y la indemnización pecuniaria (*pecunia doloris*); por cuanto en el supuesto del daño moral objetivo la reparación resulta ser más fácil de cuantificar.

El Dr. José García Falconi expresa “El daño Moral objetivado se dice es fácil de repararlo, porque es tangible, estimable con relativa facilidad, concretable en cifras numéricas, así este daño moral objetivado ha de indemnizarse aplicando las normas que regulan el resarcimiento del daño moral objetivado ha de indemnizarse aplicando las normas que regulan el resarcimiento del daño material, así que hay que objetivar el daño moral”.<sup>84</sup>

Es indudable que en el daño moral es preferible compensarle al damnificado,

---

<sup>83</sup> Jurisprudencia N°74-2000, emitida por la Segunda Sala de lo Civil y Mercantil. Registro Oficial N° 263, publicada el 27 de abril del 2000.

<sup>84</sup> García, José. Op. cit. p 232.



de alguna forma, su dolor físico y aflicción de ánimo, que obligarlo a soportar su peso y otorgarle así un beneficio al causante del daño, dejándolo impune. Si bien el dinero, en el caso del daño material, reintegra la esfera patrimonial lesionada de la víctima al estado anterior a la causación del mismo (*restitutio in integrum*), es igualmente cierto que en los casos del daño moral cumple una función o rol de satisfacción de la aflicción o dolor padecido, operando como compensación del daño causado.

## **CAPITULO III**

### **ALCANCE DE LA CUANTIFICACIÓN PECUNIARIA DEL DAÑO MORAL**

A lo largo del desarrollo de esta monografía me he referido en distintas ocasiones al hecho de que a pesar del retraso que ha tenido nuestra legislación Ecuatoriana en materia de daños y perjuicios, en los actuales momentos encontrándonos en un innovador y progresista modelo normativo, como es el Estado Constitucional, hemos dado un giro radical pasando de aquellas épocas en la que existía un juez procedimentalista, aplicadores directos, mecánicos y formales de la ley. Hoy en día los jueces Garantistas, están llamados a redefinir su función, manteniendo una visión constitucional, no solo buscando ajustar el caso a la norma aplicable, sino también razonar ponderativamente sobre principios y aplicando su sana crítica.

Sumado a ello además contamos con disposiciones normativas que complementan la reparación de daños y perjuicios; que ya no solamente las encontramos en el código subjetivo civil, sino en otros cuerpos normativos tales como nuestra Carta Magna, el Código Orgánico Integral Penal, Código Orgánico de la Función Judicial, Código Orgánico de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, entre otros. En todos ellos encontramos nuevas formas o mecanismos de reparación tales como: la declaración de la decisión judicial de reparar la dignidad, la reputación, la disculpa y el reconocimiento público de los hechos y de las responsabilidades, las conmemoraciones y los homenajes a las víctimas, la enseñanza y la difusión de la verdad histórica, la restitución, etc. Todos ellos en busca de una correcta reparación integral.

#### **3.1 Principios que priman en la Cuantificación pecuniaria del Daño Moral**

Existen ciertos principios que rigen la determinación de la reparación pecuniaria del daño moral, de entre ellos podemos destacar al principio de la reparación integral, el principio de la justicia, el cual va de la mano con la equidad, y el principio de la seguridad jurídica.



En cuanto al primer principio que es la Reparación Integral, y el cual mencioné anteriormente, Zannoni expone que se produce una verdadera reparación integral cuando esta es perfectamente compensatoria. Esto significa que con el monto de la reparación, el haber o no sufrido el daño se vuelve indiferente para la víctima.<sup>85</sup>, en el mismo sentido Alterini indica que “solo tiene sentido hablar de reparación plena, entendiéndose por tal, la que condice con la plenitud propia de cada ordenamiento jurídico, la que se obtiene según lo que cada ordenamiento jurídico atribuye al causante del daño”.<sup>86</sup>. Este principio es universal y se encuentra reconocido en nuestra legislación por el cual la valoración del daño debe hacerse en base a este principio de reparación integral.

Continuando con los principios que rigen la reparación del daño moral tenemos a la Justicia. Este término que ha sido tratado por muchos autores a lo largo de la historia, uno de ellos Hans Kelsen, quien afirma que “la justicia es un valor absoluto, un principio que pretende ser válido siempre y en todas partes, independientemente del espacio y del tiempo: es eterna e inmutable: Ni la ciencia del derecho positivo ni ninguna otra ciencia pueden determinar su contenido, que varía al infinito”.<sup>87</sup>

Simplificadamente se puede decir que justicia es dar a cada quien lo suyo, según lo que pertenece o que merece por sus logros o defectos o por sus actos de conducta, etc. Tanta trascendencia tiene este principio que lo encontramos reconocido en nuestra carta fundamental.<sup>88</sup>

En este sentido se puede afirmar que una de las metas que tiene el juez es llegar a la justa determinación de una indemnización para la víctima. Antiguamente se solía decir que la justicia era simplemente aplicar la ley, había un límite en el solo cumplimiento de la ley”<sup>89</sup>. Hoy en día podemos descartar fácilmente este concepto puesto que lo legal no siempre es justo, sumado a ello en la determinación de una reparación en el Ecuador no es posible

---

<sup>85</sup> Zannoni, Eduardo. *Significado y Alcance de la Cuantificación del daño*. Revista de Derecho de Daños. Buenos Aires. 2001. p 8

<sup>86</sup> Alterini Atilio. *La limitación cuantitativa de la responsabilidad civil*. Editorial Abeleo-Perrot. Buenos Aires. 1997. p 55.

<sup>87</sup> Kelsen, Hans. *Teoría Pura del Derecho*. Editorial Universitaria. Buenos Aires. 1994, p 61.

<sup>88</sup> Al respecto, ver Art 1 y 88 numeral 9 de la Constitución de la Republica vigente.

<sup>89</sup> Casares, Tomás. *La justicia y el derecho*. Editorial Abeledo-Perrot. Buenos Aires. 1997. p 52.

remitirse a la ley a diferencia de otras legislaciones como la Francesa, en donde el juez se sujeta a la ley para determinar la indemnización ya que existen unas tablas llamadas baremos que indican el tipo de daño y la cuantía para el mismo. En el Ecuador, recalco nuevamente el sistema legal no existe por consiguiente es deber del juez determinar bajo su propia convicción, aplicando las reglas de la sana crítica y persuasión racional.

De la mano de la justicia subyace otro principio denominado equidad. Se dice que una buena justicia consiste en equilibrar con el derecho. La equidad es importante en la determinación de la reparación del daño moral ya que la equidad es una herramienta que tiene el juzgador y que le ayuda a aplicar la ley al caso concreto. Si bien la ley y la jurisprudencia pueden servir de guía para determinar la cuantía de una indemnización, pero el juzgador debe saber cómo aplicar esa ley para cada caso; en este contexto se torna inconveniente crear una tabla de valores para determinar una reparación del daño moral, pues gracias a la equidad el magistrado atendiendo a las reglas de valoración vigentes, llegará a conocer si una ley o una jurisprudencia es aplicable o no al caso concreto.

Otro de los principios que constituyen de importancia en la determinación de la reparación del daño moral es el principio de Seguridad Jurídica. El artículo 82 de la Constitución de Montecristi reivindica el mismo. A criterio de Luis Abarca, este principio es aquel por el cual se garantiza el respeto de los derechos que el ordenamiento positivo reconoce a las personas como seres sociales, para que puedan desarrollarse y alcanzar las metas de superación material, moral y cultural que conducen al bien social común.<sup>90</sup>; pues al individuo, miembro de la sociedad, al que se le han violentado sus derechos tiene derecho a su reparación por estos daños producidos y que le será efectivamente resarcidos. Inclusive por disposición del artículo 11 numeral 9 de la Carta Constitucional, muchas veces por entidades o funcionarios del Estado causantes de los daños, es el propio Estado el que responderá por los mismos independientemente del derecho de repetición que tenga en contra éstos.

---

<sup>90</sup> Abarca., Luis. Op. cit. p 135.

Estos principios fundamentales así como otros que considere el juzgador deberán ser aplicados de manera armónica y coordinada con el fin de buscar una justa reparación.

### **3.2 La motivación como Límite para realizar la Cuantificación Judicial de Daño Moral**

La motivación surge como un control democrático del ejercicio del poder jurisdiccional. Consecuentemente, el Ecuador al ser un estado Constitucional de Derecho y Justicia, así como en virtud del artículo 76, numeral 7 literal “I” de la Norma Fundamental, la motivación constituye una obligación para todo acto administrativo, resolución o fallo que emane del poder público; con la finalidad de que este no sea arbitrario y por ende goce de legitimidad.

La doctrina entiende por motivación a los antecedentes de hecho y de derecho que dan lugar a que se dicte determinado acto de los poderes públicos. Son las razones fácticas y jurídicas en las que se basa el funcionario público, que lo faculta para realizar determinada resolución. La motivación no tiene que ver con la extensión del acto administrativo, tiene que ver con el contenido en si del mismo.

De entre los requisitos de la motivación, uno de los primordiales incumbe a la enunciación de los fundamentos fácticos, jurídicos y de su relación causal.<sup>91</sup>

Tanto la fundamentación de hecho, derecho y conclusión; tienen que gozar de ciertas características elementales, tales como ser clara, expresa, completa, lógica y legítima, para que ésta sea válida. Al decir que la motivación debe ser clara se dice que debe ser comprensible y que no haya oscuridad en las ideas que se expresan. Es completa cuando abarca todos los hechos del caso relacionado con el derecho pertinente, puesto que en una sentencia los hechos y el derecho se deben complementar con la práctica de pruebas, a partir de los hechos probados se subsumen en la norma jurídica o premisa mayor. Continuando, la motivación será lógica cuando se sigan las normas básicas del entender humano, esto es ajustado a principios y a lo debidamente actuado. Y

---

<sup>91</sup> De la Rúa, Fernando. *Teoría General del Proceso*. Buenos Aires. Editorial Depalma, 1991, p 150.

por último la fundamentación debe ser legítima esto es en base a pruebas válidas y lógicas más no viciadas.<sup>92</sup>

Con este panorama si bien los jueces son los destinados a emitir las resoluciones judiciales y por tanto son resoluciones del poder judicial, las mismas deben hallarse debidamente motivadas. Como ya señalé en líneas anteriores la motivación viene a ser la mayor fuente de vigilancia sobre los jueces al momento de ejercer el control jurisdiccional.

En cuanto a la motivación legal o de derecho, un juez para dictaminar una sentencia en la cual se determine la reparación de daño moral es en las disposiciones de nuestra legislación vigente relativas al daño moral. Esta motivación existirá siempre y cuando haya un ilícito comprobado que causó el daño y por ende con esto se compruebe el daño en sí. A partir de un análisis de la gravedad del daño causado y del ilícito, tendremos como resultado una reparación por determinado daño moral. La motivación legal que encontramos en los cuerpos normativos pertinentes, tendrá que combinarse con los hechos del caso, con esta determinación de fundamentos de hecho y de derecho y su nexos causal, y sobre todo aplicando las reglas de la sana crítica o persuasión racional. Es así como una resolución estará debidamente motivada con la finalidad de lograr una reparación justa, resultado de una apreciación lógica y crítica de las pruebas, basada en la equidad, los principios y fundamentos científicos de la prueba, la psicología jurídica, la experiencia, el sabio y correcto entender humano.

De esta forma, la motivación constituye un límite para el juzgador ya que si no existe motivación alguna o se encuentra viciada, el fallo en donde se determine el monto de indemnización podrá ser impugnado, interponer casación o solicitar aclaración o ampliación de la sentencia. En este tema se debe tener presente que: muchas veces “a pretexto de aclaración o ampliación de la sentencia se pretende, por lo dicha rebaja o disminución del quantum indemnizatorio de perjuicios, lo cual es totalmente improcedente”.

---

<sup>92</sup> Ibídem. pp 150-153.

### 3.3 La prudencia como límite de la Cuantificación Judicial del Daño Moral

Etimológicamente la palabra prudencia proviene del latín prudentia y de la palabra providentia refiriéndose a la capacidad de adelantarse a los acontecimientos, por tanto el término prudencia tiene que ver con la persona competente o previsor.

En principio se puede afirmar que la prudencia es una virtud, la cual es entendida como una cualidad inherente de la persona que la aplica.<sup>93</sup> Las virtudes pueden ser teleológicas o morales; las primeras tienen por objeto a Dios y son la fe, la esperanza y la caridad. En tanto que las segundas tienen por objeto un bien creado entendiendo a las acciones humanas en cuanto a su honestidad y existen cuatro principales: la Prudencia, la Justicia, La Fortaleza y la Templanza, éstas son las llamadas virtudes cardinales, teoría que fue sugerida por Platón.<sup>94</sup>

Según Santo Tomas de Aquino, la prudencia es la virtud principal, ésta brinda luz al resto de las virtudes. La Prudencia consiste en la cosa que se elige, mientras que la justicia consiste en distribuir, la Fortaleza en la tolerancia y la Templanza en las cosas que se han de usar. La Prudencia es la más importante de las virtudes, ya que su tarea es la de dirigir a las demás virtudes.<sup>95</sup>

En base al pronunciamiento de este autor se puede señalar que la prudencia es la virtud moral que perfecciona nuestra razón práctica, en orden a elegir en toda circunstancia los mejores medios para alcanzar nuestros fines.

También podemos señalar que la prudencia tiene que ver con la moralidad de la persona, que es una virtud de ella, la cual permite que esta persona reconozca lo que está bien y lo que está mal, considerar los efectos que pueden producir nuestras palabras o acciones. Consiste en ser precavido, en tener medida respecto de las cosas.

---

<sup>93</sup> La página de la vida. Internet. <http://www.proyectopv.org/1-verdad/prudencia.htm>. Acceso: 28 de noviembre de 2015.

<sup>94</sup> Aurbenque Pierre. *La Prudencia en Aristóteles*. Barcelona. Editorial Crítica. 1999. p 44.

<sup>95</sup> *Ibidem*. p 727.

Para el autor Quintana Bravo, la prudencia es “una virtud unitaria, no se diferencia la prudencia de la prudencia jurídica”<sup>96</sup>. Y en efecto la prudencia vendría a ser un concepto muy allegado al derecho, algunos autores lo llaman “la prudencia jurídica”. En inicios se la entendía como una virtud ligada a la moralidad, para posteriormente y de manera más técnica considerarse como una actitud o cautela, la prudencia constituye ambas cosas a la vez. Pero ya al referirnos al derecho se concibe como un principio fundamental que debe ser tomado en cuenta al momento de la creación, aplicación o incluso interpretación de las normas.

Este mismo autor también nos enseña “La justicia y la prudencia se enlazan como virtudes capitales de la función juzgadora: por la primera se induce al juez a juzgar bien y por la segunda se averigua que debe juzgar en cada caso para juzgar bien “.<sup>97</sup>

Así como la prudencia mantiene relación con el derecho, mantiene además vinculación con los principios de derecho, de entre ellos, la justicia.

Entonces se llega a un punto donde lo correcto, lo razonable y lo justo se reúnen, pues los ámbitos jurídicos y morales se encuentran en una sola dimensión. No hay que entender a la prudencia entonces como astucia sino más bien como una herramienta que ayuda a deliberar sobre determinado asunto y nos lleva a tomar una decisión correcta razonable y sobre todo justa.

De esta manera la prudencia al ser un concepto muy allegado al derecho y a la justicia, constituye un principio o valor que debe ser utilizado muy en especial por los funcionarios del poder judicial de un Estado, ya que ellos son los encargados de dictar las resoluciones de los distintos conflictos y a su vez los jueces son los encargados de determinar la cuantía de una reparación por daño moral.

Es verdad que los magistrados deben fallar bajo los principios de equidad, justicia, prudencia entre otros, pero la prudencia no solo constituye un principio fundamental sino también un límite para la determinación de la reparación de daño moral, y el legislador ha sido muy claro al añadir expresamente en la

---

<sup>96</sup> Quintana Bravo, Fernando. *Prudencia y Justicia en la Aplicación del Derecho*. Editorial Jurídica de Chile. Santiago de Chile. 2001. p 196.

<sup>97</sup> *Ibídem*. p 196

disposición 2232 del Código Civil, la palabra prudencia para el tema, de la siguiente manera: “La reparación por daños morales puede ser demandada si tales daños son el resultado próximo de la acción u omisión ilícita del demandado, **quedando a la prudencia del juez** la determinación del valor de la indemnización atentas a las circunstancias previstas en el inciso primero de este artículo”.

Siendo así todo juez que deba dictar una sentencia de reparación de daño moral, tiene como principal herramienta la prudencia para determinar el justo valor de la misma. Para ello en primer lugar el juzgador deberá tener certeza sobre la acción u omisión ilícita del demandado, más la responsabilidad del demandado, y determinar el daño moral con las circunstancias del caso. Si tomamos en cuenta lo dicho anteriormente, que Tomas de Aquino indica que la prudencia radica en la razón; el juez entonces para obrar y cuantificar con prudencia deberá razonar, analizar los hechos específicos de cada caso.

Cabe señalar que con estas anotaciones se colige que la prudencia al ser un análisis a fondo del caso concreto, del daño moral y sus consecuencias, de las circunstancias personales de la víctima y del actor, se convierte en un requisito de la motivación para la cuantificación del daño moral. El análisis también debe contener una ponderación de bienes jurídicos tanto de actor como de víctima del ilícito, así como criterios de la corte sobre la cuantificación del daño moral. Dicho de otra manera el legislador al incluir la palabra prudencia en el artículo al que me referí anteriormente quiso decir que todo juez debe realizar la cuantificación del daño moral, motivando la misma de una manera más detallada que para otros casos, con el requisito de prudencia.

### **3.4 Criterios para la determinación judicial del daño**

La determinación del quantum indemnizatorio es uno de los temas más conflictivos a la hora de tomar una solución, ya que tanto en la doctrina como en la jurisprudencia existen criterios disímiles.

Existen fallos que determinan el quantum del daño moral en un porcentaje del daño patrimonial. Los argumentos en contra de esta postura son contundentes.

El daño moral es independiente del daño patrimonial, puede incluso ser mayor o el único daño resarcible frente al daño material, que puede resultar ínfimo o inexistente.

En otras ocasiones la reparación del daño moral se resuelve según las circunstancias del caso concreto dentro de un marco de absoluta discrecionalidad por parte del juzgador. En estos supuestos el monto de la reparación queda librado a la pura subjetividad y a la prudencia judicial. El riesgo que se corre en estas situaciones es que tal resolución sea arbitraria.

Los partidarios de la tesis de la sanción ejemplar al entender que el monto indemnizatorio por daño moral tiene carácter de pena privada impuesta al ofensor, calculan el mismo en función de la culpa o el dolo del responsable y de su capacidad económica.

El jurista Roberto Brebbia señala como pautas concretas para justipreciar la indemnización: a) la gravedad objetiva del daño (los elementos probatorios arimados al juicio permitirán la mayor parte de las veces determinar la extensión del daño extrapatrimonial. b) los elementos que integran la personalidad de la víctima. c) la gravedad de la falta cometida por el autor del hecho ilícito, y d) la personalidad del autor del hecho (las circunstancias personales suelen traducirse sobre la gravedad de la falta y por ende, sobre la entidad objetiva del daño).<sup>98</sup>

Orgaz estima que las relaciones jurídicas de responsabilidad son bilaterales, entonces el juez al sentenciarlo no puede prescindir de ninguno de estos dos polos de la relación; por ello el magistrado debe considerar al autor del hecho dañoso a fin de apreciar su responsabilidad, en sus diversos elementos y luego a la víctima o damnificado, relativamente a la índole y extensión del daño recibido. En esta visión conjunta del responsable y de la víctima, manifiesta que debe prestársela mayor atención a esta última.<sup>99</sup>

Matilde Zavala de González propone determinar por vía normativa pautas no rígidas ni imperativas, sino meramente flexibles o indicativas, para la cuantificación del daño moral. Para ello, sugiere acudir a tablas elaboradas

---

<sup>98</sup> Brebbia Roberto. *Responsabilidad objetiva y daño moral*. ED. p 91

<sup>99</sup> Orgaz Alfredo. *El daño Resarcible*. Marcos Lerner Editora Córdoba. Barcelona. 1980.



sobre criterios que no son esencialmente matemáticos y seguir principios uniformes para liquidar las sumas indemnizatorias. Sostiene la jurista que “es más fácil comenzar por una nómina de lesiones morales típicas o similares, sin precalificarlas como graves o leves y recién después incorporar elementos cualitativos que permitan cuantificar en más o en menos. Se podría elaborar un techo por ejemplo, considerar los daños más graves como los que derivan de la incapacidad absoluta o permanente de la pérdida de un hijo, y plantea que para la elaboración y aplicación del sistema pueden utilizarse porcentuales comparativos y unidades de medida.”<sup>100</sup>

Por otra parte Pizarro sostiene “que toda tarifa legal o tope legal atenta contra la reparación integral del perjuicio causado...”, también se rehúsa a una regulación predeterminada del daño moral, pues a criterio de este autor “resulta tanto o más discrecionales que el criterio del juez al resolver el caso, además de la dificultad de determinar en base a parámetros”. Expresa además que “el exceso de abstracción a los fines de una tarificación rígida o indicativa podría derivar en la negación de la esencia misma del daño moral y su reparación, ya que es un daño que proyecta sus efectos sobre el espíritu de la persona, con ribetes propios, que hacen que no haya daños morales idénticos. En cambio propugna la idea de publicar ampliamente aprovechando los beneficios de la informática los distintos montos indemnizatorios que se mandan a pagar en concepto de indemnización por daño moral por parte de los distintos tribunales. El conocimiento de estos aspectos, fruto de su divulgación amplia permitiría fijar pautas flexibles, con cierto grado de uniformidad (en la medida de lo tolerable y compatible con la institución, que en los hechos alcanzarían los objetivos deseados (seguridad, predictibilidad, tratamiento equitativo para casos similares), con razonable equidad y sin desmedro del valor seguridad.

Es por ello que la publicación estadística de los principales decisorios, con especial referencia de sus montos indemnizatorios, puede constituir un elemento de suma importancia, de carácter indicativo, para el abogado y el juez

---

<sup>100</sup> Zavala de González, Matilde. Op. cit. pp 82-88

y facilitar bases relativamente objetivas, ponderadas en función del caso concreto, para transacciones judiciales o extrajudiciales.”<sup>101</sup>

El doctor José García Falconí señala que de acuerdo a Jorge Mosset Iturraspe puede implementarse ciertos criterios como reglas para determinar el valor que debe mandarse a pagar por el daño moral, y que son:

1. No a la indemnización simbólica.
2. No al enriquecimiento injusto.
3. No a la tarificación con “piso” o “techo”.
4. No a un porcentaje de daño patrimonial.
5. No a la determinación sobre la base de la mera prudencia.
6. Si a la diferencia según la gravedad del daño.
7. Si a la atención a las peculiaridades del caso víctima y del victimario.
8. Si a la armonización de las reparaciones en casos semejantes.
9. Si a los placeres compensatorios.
10. Si a las sumas que puedan pagarse, dentro del contexto económico del país y el general “standar” de vida.

La jurista Zavala de González, en su obra “el Resarcimiento del Daño Moral”, señala en palabras de Rivera, el cual propicia combinar la cuantificación de origen legal y judicial como cuando el juez fija el monto resarcitorio de acuerdo con la prueba. Por lo tanto, arguye- “no es uno u otro procedente, “si no que bien puede ser uno con otro y quizás esto acerque la cuestión a un entendimiento más sencillo y a soluciones que contemplen los distintos valores en juego.”<sup>102</sup>.

También cabe mencionar a Rosarino Peyrano quien propuso un sistema de tarificación judicial juris tantum del daño moral, el autor señala “ La tarificación judicial propuesta consiste en la confección a través de la emisión de resoluciones judiciales, de tablas de estimación decrecientes del daño moral según fuere la situación objetiva a resarcir, partiendo de que el ápice está representado de la pérdida de un hijo por su padre, situación que desde un punto de vista abstracto, constituye el máximo dolor concebible y como tal la

---

<sup>101</sup> Pizarro, Daniel. *El daño Moral*. Editorial Hammurabi. Barcelona. 1996, p 344.

<sup>102</sup> Zavala de González Matilde. Op. Cit. p 83.

mayor modificación disvaliosa del espíritu (daño moral imaginable). Las justipreciaciones resultantes en su caso, de la aplicación de los estándares judiciales que pudieran consolidarse, no deben ser aplicadas automáticamente sino ajustarse a las circunstancias de las distintas causas. Se trata entonces, de una tarificación meramente indicativa del daño moral, pudiendo el magistrado aumentar o disminuir el monto indemnizatorio”.<sup>103</sup>

El Doctor Gil Barragán Romero respecto a este tema menciona que para determinar la cuantificación del daño moral se debe considerar la cuantía fijada por la víctima en su demanda y reproduce las palabras de Mosset Iturraspe “La doctrina coincide en que la evaluación económica deba hacerse en la demanda. Y desde esa lógica se ha declarado improcedente dejar librado únicamente al juez la fijación de la suma para la estimación del daño moral; y además, con esa fórmula no se cumplen los requisitos procesales que exigen cuantificar lo que se solicita, y aún se priva al demandado de la posibilidad de allanarse...No puede confundirse arbitrariedad con estimación razonable o prudencial. Que la función del dinero no es solo reparadora o compensatoria, sino también satisfactoria- siguiendo las enseñanzas de lehring- y que esta función no puede descalificarse”.<sup>104</sup>

Finalmente se debe señalar que la determinación de la edad o de los periodos de vida de la persona afectada, la situación económica de las partes procesales, entre otras situaciones o circunstancias que forman parte de los hechos del acontecimiento, pueden ayudar a conocer el nivel o grado de afección psicológica que ha producido sobre la víctima o que vaya a afectar en años posteriores; para lo cual se necesitará de la ayuda de peritos, expertos en el tema, que colaboren y de esta manera buscar establecer la verdadera condición o por lo menos la más óptima del afectado.

### **3.5 Información necesaria para valorar el daño a las personas.**

Con el propósito de facilitar el proceso de recolección de pruebas o documentos que permitan verificar con posterioridad el cálculo del quantum

---

<sup>103</sup> Peyrano Jorge Walter. *Procedimiento Civil y Comercial*. Editorial Juris. Rosario. 1994, p 100.

<sup>104</sup> Barragán, Gil. Op. cit. p 153.

indemnizatorio a cargo del responsable, resulta necesario contar con cierta información, la cual debe estar debidamente soportada:

### **3.5.1 La información sobre la víctima**

- ✓ Nombre
- ✓ Documento de identificación
- ✓ Fecha de nacimiento
- ✓ Género
- ✓ Ingresos: Salario u otros ingresos
- ✓ Condición: Valido o Invalido
- ✓ Consecuencia:
  - Muerte o incapacidad total permanente
  - Incapacidad Temporal: 1.-Duración de Incapacidad, 2.- Porcentaje de Incapacidad.

### **3.5.2 Información sobre el evento:**

- ✓ Acontecimientos
- ✓ Fecha de la ocurrencia

### **3.5.3. Información acerca de cada reclamante**

- ✓ Nombre
- ✓ Documento de Identificación
- ✓ Fecha de Nacimiento
- ✓ Género
- ✓ Condición
- ✓ Parentesco o relación con la familia
  - Cónyuge o compañero/a en unión libre
  - Hijo/Hija
  - Padre/Madre
  - Hermano/Hermana
  - Otro

### **3.5.4. Recibos, facturas o comprobantes de gastos**

- ✓ Pasados
  - Sumas fijas

- Sumas Periódicas
- ✓ Futuras
  - Sumas fijas
  - Sumas Periódicas

### 3.5.5. Tablas Utilizadas

- A. Tablas de Mortalidad
- B. Índices de Precios al consumidor
- C. Salarios mínimos<sup>105</sup>

## 3.6 Análisis del daño moral en la Legislación Comparada.

Al pretender entender y conocer sobre la problemática de la cuantificación de la indemnización por daño moral, una mirada comparada siempre resulta reveladora, por ello a continuación se hará una breve referencia a diferentes sistemas de determinación del monto indemnizatorio, con el objeto de contextualizar la discusión fuera de los límites nacionales.

### 3.6.1 La valoración del Daño en Estados Unidos de América.

La finalidad de este modelo, por una parte, es castigar al ofensor y disuadirlo tanto a él como a otras personas, de no cometer hechos de la misma naturaleza. Por contrapartida, la víctima recibe un monto de dinero adicional que, formalmente, es mayor al daño efectivamente causado, exceso que se acepta y de hecho, se busca.

Sin embargo existe discusión respecto de las circunstancias que deben concurrir para la aplicación de esta institución, es así que se pueden diferenciar tres teorías<sup>106</sup>.

- La concepción imperante en Estados Unidos es que para aplicar la indemnización como sanción, debe existir una particular intención y subjetividad en el autor del daño. Debe haber algo más que una

---

<sup>105</sup> Isaza María. *De la Cuantificación del Daño*. Cuarta Edición. Editorial Temis. Bogotá. 2015, pp105-107

<sup>106</sup> Herrera L., María Carolina y García M., Laura, "El concepto de los daños punitivos o punitive damages". Revista Estudios socio jurídico. Enero-Junio 2003 Internet. Internet: <http://redalyc.uaemex.mx/pdf/733/73350106.pdf>. Acceso: 13 de noviembre 2015.

conducta negligente, siendo necesarios conceptos tales como temeridad, malicia, mala fe, grave negligencia, entre otras de la misma índole.

- Otra tesis, un tanto más flexible, postula que sólo se requiere la simple indiferencia consciente por parte del agente del daño, para permitir la aplicación de este tipo de pena.
- Por último, están quienes proponen que la aplicación de una pena privada cabe en los casos que se ha cometido un abuso de alguna posición de poder o privilegio.

Además de este inconveniente se presenta la discrecionalidad de los juzgadores al momento de aplicar, por ello se volvió imperante entregar criterios o directrices para de esa manera evitar, injusticias o excesos en el monto de la indemnización, es así que la Corte Suprema Estadounidense ha establecido tres directrices a seguir para que los montos otorgados por daños punitivos no violen la garantía del debido proceso.

- a. Grado de reprochabilidad de la conducta del demandado, dentro de lo cual se considera si el actuar del agente afectó la salud o seguridad del actor, si el demandado es reincidente, o si ha actuado intencionalmente.
- b. La relación cuantitativa entre los punitive damages y los daños compensatorios.
- c. La comparación con otras multas civiles para determinar la razonabilidad del monto otorgado.

Como se puede observar, la presente legislación analizada parece inclinarse por la tesitura de que el daño moral tiene una finalidad punitiva, sancionadora; aún más cuando se ha verificado la intencionalidad o el abuso de poder por parte de quien ha inferido el daño, ante lo cual la indemnización valorada viene a constituir una sanción al ofensor y no la compensación por el daño causado. En este punto considero un asunto crítico el hecho que inclusive con el afán de castigar a la persona que ocasionó el daño se establezca montos excesivos, pues esta decisión carecería de manera total de principios tales como la equidad, justicia, seguridad jurídica, etc; y que son aplicables al momento de

tomar una resolución.

También se denota la intención de limitar los márgenes de aplicación de esta institución, evitando así la comisión de excesos, que son los que en definitiva la han desprestigiado.

### **3.6.2. La valoración del Daño Moral en Argentina.**

A manera general el ordenamiento jurídico Argentino, no provee expresamente los criterios para la determinación de valor indemnizatorio, razón por la cual la determinación queda a la libre apreciación y criterio de juez. Sin embargo en materia laboral ocurre una excepción, pues en estos casos las indemnizaciones legales se encuentran establecidas como tarifas fijadas con anterioridad, de modo que resulta mucho más sencillo para los jueces determinar el monto indemnizatorio, siempre que se encuentren las partes dentro del supuesto legal.<sup>107</sup>

Dentro de la jurisprudencia, y alejándonos de los aspectos más estructurales de la discusión, podemos distinguir dos posturas extremas en la determinación del método utilizado para fijar el monto de los daños sufridos. La primera considera adecuada la aplicación de fórmulas para llegar a una indemnización justa; la segunda, en cambio, niega la idoneidad de dichas fórmulas como método válido.

Sin embargo, y sin ánimo de relegar las diferencias de criterio, la Corte Suprema de Justicia ha optado en general, por no considerar fórmulas rígidas a la hora de determinar el monto de la indemnización.<sup>108</sup>

En el fallo “Aróstegui”,<sup>109</sup> se expone ejemplarmente esta última postura, estableciendo la Corte que no se deben aplicar fórmulas matemáticas ni

---

<sup>107</sup> Las pautas para fijar las indemnizaciones por accidentes del trabajo en el derecho civil. Internet: [http://www.estudioschick.com.ar/p\\_33.pdf](http://www.estudioschick.com.ar/p_33.pdf). Acceso: 12 de agosto 2015.

<sup>108</sup> Aciarri, Alejandro y Testa, Matías, “Fórmulas Empleadas por la Jurisprudencia Argentina Para Cuantificar Indemnizaciones por Incapacidades y Muertes”. ], *Selected Work of Hugo Alejandro Aciarri*. Enero 2009. Internet: [http://works.bepress.com/hugo\\_alejandro\\_acciarri/36](http://works.bepress.com/hugo_alejandro_acciarri/36). Acceso: consulta 4 de septiembre 2015.

<sup>109</sup> CSJN Arostegui, Pablo Martín c/ Omega Aseguradora de Riesgos del Trabajo SA y Pametal. Internet: <http://defenpo3.mpd.gov.ar/defenpo3/def3/jurisprudencia/general/csjn/030afallos.htm>. Acceso: 4 de septiembre 2015.

tampoco utilizar criterios comparativos con las indemnizaciones tarifadas de materia laboral. En el caso concreto, la fórmula matemática de la cual surgía la indemnización, consistía en una operación que consideraba factores como la edad, el porcentaje de incapacidad, la remuneración que hubiera recibido el lesionado, y el interés puro que se habría devengado entre el periodo de la ocurrencia del hecho dañoso hasta la jubilación. Se determinó por el tribunal que, aun cuando dichas fórmulas puedan tener un valor indicativo, la reparación no puede en caso alguno quedar limitada a la pérdida de ganancias de la víctima o a su vida laboral.<sup>110</sup>

Considero trascendental en esta legislación el hecho que cuenten con parámetros en materia laboral para cuantificar el daño moral, porque de esta manera se orienta a los jueces al momento de la cuantificación del daño. Sin embargo el magistrado debe tener presente que no es lo correcto aplicar de manera tajante dichos indicadores, pues se sabrá analizar las circunstancias particulares de cada caso, partiendo de la idea que muy difícilmente los casos de daño moral vayan a ser idénticos unos entre otros. De esta manera las tarifas aplicadas vendrían a ser meramente referenciales.

### **3.6.3. La Valoración del Daño Moral en España**

En la legislación española se considera de la misma manera y con la misma importancia los perjuicios que producen daños de tipo material y los que producen daño de tipo moral, sin importar si proviene de una obligación contractual o extracontractual.

De manera general, las indemnizaciones de perjuicios se conceden como un todo que abarca en un mismo monto los daños patrimoniales y los extrapatrimoniales, por lo cual es muy difícil saber cuál monto se refiere a la indemnización por daño patrimonial y cuál a la por daño moral.

No obstante, la particularidad de este sistema es que es el único país de la Unión Europea que posee un baremo vinculante de responsabilidad civil. Esta incorporación se produjo a través de la Ley de Ordenación y Supervisión de los

---

<sup>110</sup> Las pautas para fijar las indemnizaciones por accidentes del trabajo en el derecho civil. Internet: [http://www.estudioschick.com.ar/p\\_33.pdf](http://www.estudioschick.com.ar/p_33.pdf). Acceso : 18 septiembre 2015.



Seguros Privados, de 1995, la cual introdujo un Anexo llamado “Sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación”, que en realidad no es otra cosa que un baremo y a pesar de que ha sido objeto de variadas críticas y polémicas dentro de la doctrina, las sentencias del Tribunal Constitucional le han otorgado valor vinculante, manteniendo su constitucionalidad.<sup>111</sup>

Este sistema de baremo establece un detallado régimen normativo de predeterminación y cuantificación legal de los daños a las personas o daños físicos ocasionados en los accidentes producidos por la circulación de vehículos a motor. Dicho método establece ciertos límites que operan acotando los razonamientos y cuantías para determinar las correspondientes indemnizaciones por tales daños, a través de la aplicación generalizada de los criterios y tablas que propone al efecto.<sup>112</sup>

El determinar así este tipo de daños particulares resulta muy relevante si se considera que es vinculante para los jueces, tanto en su apreciación como determinación, ya sea en procesos civiles o penales, siempre que se trate de las indemnizaciones de daños personales producidos por este tipo de accidentes. Sin embargo, si el baremo quiere ser utilizado en casos que exceden del ámbito de los accidentes producidos por circulación de vehículos a motor, la función es simplemente orientadora.<sup>113</sup>

No existe en España la costumbre de publicar tablas con las indemnizaciones concedidas por los tribunales en los casos concretos, a pesar de que sí se utilizan tablas en el uso interno de los mismos jueces. Por esta misma razón el uso de baremos y tablas que otorgan criterios estándar a la determinación de la indemnización es un tema que se encuentra constantemente en la contingencia española.<sup>114</sup>

---

<sup>111</sup> Martin Casals, Miguel, “Hacia un baremo europeo para la indemnización de los daños corporales, Consideraciones generales sobre el Proyecto Busnelli-Lucas”, Segundo Congreso Nacional de Responsabilidad Civil. Internet: <http://civil.udg.es/cordoba/pon/martin.htm>. Acceso: 14 de agosto 2015.

<sup>112</sup> Barrientos, Marcelo, *El Resarcimiento por Daño moral en España y Europa*. Salamanca. 2007. p. 419. Acceso: 12 de octubre 2015

<sup>113</sup> Ibídem, p 437.

<sup>114</sup> Casals, Martin. Op .cit.

Lo interesante de esta legislación es la utilización de tablas y baremos por parte de los juzgadores al momento de cuantificar el valor de la indemnización, sin embargo se advierte que solamente en caso de accidentes de tránsito estos indicadores se aplicarán de manera vinculante, más cuando se rebase esa esfera serán netamente orientadoras, lo cual tiene su razón de ser y es que al tratarse de accidentes de tránsito, por consiguiente al existir de cierta manera daños de carácter objetivo puedan ser tasados; pero en otros casos que estén fuera de esta situación obviamente el juez deberá aplicar su criterio judicial.

#### **3.6.4. La Valoración del Daño Moral en Francia.**

Éste es uno de los países donde encontramos mayor desarrollo en torno a las complejidades que vienen aparejadas al concepto de daño moral, destacándose por la capacidad de innovar constantemente en los comentarios y conclusiones jurisprudenciales.<sup>115</sup>

Como punto de partida, podemos señalar que los jueces tienen una gran discrecionalidad para determinar el monto de la indemnización. Sin embargo, en este país la doctrina se ha encargado de crear tablas con baremos no legales, que contemplan aspectos tales como edad, discapacidad, sexo, entre otros,<sup>116</sup>

Tablas que son consideradas por los tribunales, aunque no los vinculan.

También podemos constatar que en Francia el fenómeno de la fragmentación del daño moral se ha desarrollado ampliamente, dividiéndose doctrinalmente el daño moral en diversos tipos de daños más específicos.

Una de estas distinciones atiende al tipo de lesión, acogiendo dos categorías: Lesiones temporales que no causan secuelas al ofendido y lesiones permanentes. De esta división obtenemos los conceptos de *préjudice de souffrance* o precio del dolor y *préjudice d'agrément*, o perjuicio de agrado.

##### **a. Lesiones temporales o precio del dolor**

---

<sup>115</sup> Barrientos.Op. cit. p 67.

<sup>116</sup> Ibídem .p 69

En el caso de las lesiones temporales, se debe hablar del concepto de *préjudice de souffrance*, el que se asimila a lo que entendemos por el precio del dolor, que es, literalmente, lo que se sufre por estar en una situación de dolor.

Ahora bien, tal como mencione anteriormente, para poder obtener una estimación del valor de los perjuicios producidos por el daño, se utilizan por los jueces diversos recursos legales y técnicos. Primero, se comienza con una evaluación médica, donde se valora la intensidad y duración del dolor de acuerdo a una escala específica. Sin perjuicio de lo anterior, la apreciación del precio del dolor corresponde al juez, y es éste quien deberá juzgar cuál es aquél. Lo que queda a la evaluación de los expertos es sólo la entidad del dolor.<sup>117</sup>

Por ejemplo, podemos mencionar que el tope límite de indemnización que se ha alcanzado en Francia para el *pretium doloris* ha llegado a los 46.000 euros, aunque normalmente las cifras no van más allá de la tercera parte de esta suma, incluso, se han otorgado indemnizaciones simbólicas de un euro.<sup>118</sup>

#### **b. Lesiones permanentes o perjuicio de agrado**

En estos casos, el factor considerado primordial es el perjuicio fisiológico o funcional, que ocurre cuando se reducen permanentemente las funciones físicas o psíquicas de la víctima.

Esto es lo que se conoce como el *préjudice d'agrément*, o perjuicio de agrado, que sería la pérdida de los goces ordinarios de la vida, cualquiera sea su naturaleza y origen, es decir, el conjunto de sentimientos, molestias y frustraciones resentidas en todos los aspectos de la existencia cotidiana en razón de la lesión y sus secuelas.<sup>119</sup>

Para determinar cuál es la valoración de los perjuicios en este caso, se produce un proceso un tanto diverso al que mencione anteriormente para las lesiones temporales.

---

<sup>117</sup> Le pretium doloris ou prix des souffrances endurées, Université de Reims Champagne-Ardenne. Internet: [http://www.univ-reims.fr/gallery\\_files/site/1/90/1129/1384/1536/1577/1590.pdf](http://www.univ-reims.fr/gallery_files/site/1/90/1129/1384/1536/1577/1590.pdf). Acceso: 19 septiembre 2015.

<sup>118</sup> Barrientos. Op.cit.p 461

<sup>119</sup> Ibidem.p 75

La primera parte es similar y consiste en una valoración médica (baremo médico). Esta etapa se caracteriza por la intervención de peritos médicos que valoran y describen las lesiones sufridas por la víctima. Si la lesión es fácilmente identificable y cuantificable, puede ser que el perito proponga una cantidad indemnizatoria. En cambio, si la incapacidad carece de importancia en los ingresos de la víctima, por cualquier motivo, ya sea que no tenga ingresos o que sea difícil evaluar con precisión, se recurre a un método de valoración en abstracto.<sup>120</sup>

Para poder cuantificar su valor, se utilizan escalas, y dentro de éstas la más utilizada y conocida es el baremo Rousseau. Este instrumento consiste en un documento en el que se enumeran las distintas secuelas, y se propone para cada una de ellas un porcentaje de valoración de la incapacidad. Por ejemplo: del 40% al 75% en el caso de tetraplejía; del 55% al 60%, por la amputación de una pierna; el 25% por la amputación del pulgar derecho. Aun cuando el baremo es tan solo indicativo, goza de gran autoridad entre el sector médico-forense y ha obtenido el reconocimiento tanto del Ministerio de Justicia como del Tribunal de Casación.<sup>121</sup>

La segunda fase se refiere a la efectiva valoración monetaria de los efectos del hecho dañoso, lo que le corresponde por entero al juez. Para completar esta etapa, en Francia se utilizan dos métodos, uno de ellos es el de la Valoración Matemática y el segundo, el *Calcul au point*.

El método de la valoración matemática consiste en multiplicar la tasa de incapacidad, resultante de la valoración del perito médico, por la renta anual que recibe la víctima. Claramente éste es un método de valoración insuficiente, ya que sólo considera variables económicas, y además no soluciona el problema de la víctima sin trabajo remunerado.

El segundo método, llamado *Calcul au point*, multiplica la tasa de incapacidad por un valor llamado “punto de incapacidad”. El valor monetario del punto se obtiene por referencia a las indemnizaciones concedidas en casos parecidos, y

---

<sup>120</sup> Menares, Nathaly, Algunas notas sobre la valoración de los daños corporales en el derecho chileno y comparado, Tesis, Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, 2007.

<sup>121</sup> Casals, Martin.Op. cit

se halla en función creciente del porcentaje de la lesión y en función decreciente de la edad de la víctima. Así, por ejemplo, con una gravedad correspondiente al 5% de cierto índice acordado, el punto puede valer 3.000 o 5.000 FF<sup>122</sup>, según si la víctima tiene 70 años o tan solo 10.

Otras consideraciones para evaluar pecuniariamente estos perjuicios resultan necesarias cuando las consecuencias para la víctima no son susceptibles de evaluación médica. En estos casos, los expertos peritos deben limitarse a describir este tipo de perjuicio, y buscar todas las consecuencias que el accidente podría haber generado en la vida personal y profesional de la víctima. Es el juez el que decidirá la valoración del perjuicio de agrado, y la evaluación del perito es sólo indicativa y la jurisprudencia francesa avala este rol del experto.

Un ejemplo de lo anteriormente expuesto es la jurisprudencia la Cour d'Appel de Lyon del año 1975 que estableció lo siguiente: “Es a los jueces que corresponde a la vista de los elementos que les son otorgados buscar si un tal perjuicio de agrado existe”.<sup>123</sup>

Finalmente en cuanto a la legislación francesa considero que es una de las más avanzadas en materia de daño moral. Lo relevante de la misma es la aplicación de tablas e indicadores basados en la edad, sexo, condiciones económicas, entre otros y los cuales lógicamente solo tienen una función indicativa y no son obligatorios. De esta manera el juzgador puede encontrar una guía, que oriente de mejor manera su decisión. Así mismo se destaca la utilización de baremos en materia de lesiones para o cual cuentan con indicadores como la edad, la gravedad de la lesión, el tipo de lesión y la colaboración de peritos, expertos en el tema, lo cual constituye un gran avance para la mentada legislación.

---

<sup>122</sup> FF: Franco, moneda de curso legal en Francia, antes de la entrada en circulación del euro el 1 de enero de 2002.

<sup>123</sup> Le pretium doloris ou prix des souffrances endurées, Université de Reims Champagne-Ardenne. Internet: [http://www.univ-reims.fr/gallery\\_files/site/1/90/1129/1384/1536/1577/1590.pdf](http://www.univ-reims.fr/gallery_files/site/1/90/1129/1384/1536/1577/1590.pdf). Acceso: 16 septiembre 2015.

## CONCLUSIONES

A manera de aspectos concluyentes que he llegado a establecer y dilucidar en el desarrollo del presente proyecto de investigación, manifiesto lo siguiente:

1. Es necesario partir como primer aspecto de que si bien actualmente se considera al daño moral como aquella transgresión o vulneración, afectando los sentimientos o bienes extrapatrimoniales del hombre como el honor, dignidad, buen nombre, etc; sin embargo para llegar a esta concepción fue necesario todo un proceso de índole jurídico, social y humanitario.
2. Hoy en día la figura del daño moral constituye un eje vital para la sociedad, puesto que protege bienes tutelados que algunos doctrinarios lo denominan supra patrimoniales porque los conciben incluso con mayor importancia a los bienes patrimoniales.
3. En cuanto a la reparación del daño moral, de manera concluyente puedo afirmar que el agravio sufrido sobre los sentimientos o afecciones del individuo, si bien no son susceptibles de ser calculados en dinero o de manera económica, sin embargo el método más utilizado para reparar es el dinero; no concebido como una forma de pagar por el dolor sufrido, sino obedeciendo a un aspecto netamente satisfactorio, el cual radica en otorgar una indemnización encaminado a brindar componentes necesarios para hacer más llevadero y superable el dolor o angustia padecida.
4. En los actuales momentos con la institucionalización de la Reparación Integral, contamos con un ordenamiento jurídico, que posee mayor normatividad y por ende nuevas alternativas para la protección y beneficio de las personas que hayan sufrido un agravio moral.

5. Un aspecto controvertido gira en torno a la justipreciación del daño moral, pues no todo daño puede ser resarcido y es deber primordial del juez, valorar el cumplimiento de todos los elementos indispensables para que constituya un daño moral resarcible.
6. En lo referente a la prueba del daño moral, la verdadera dificultad la encontramos en la valoración de los daños morales subjetivos, pues como versa sobre daños espirituales propiamente dichos y no tienen ninguna cualidad objetiva, se valoran en base al principio *in re ipsa is loquitor* (los hechos hablan por sí mismos), que es una premisa que manda a probar el daño como real y cierto, pues constituye por sí solo cierto, para lo cual el magistrado deberá aplicar su sana crítica, con el requisito de prudencia.
7. Otro aspecto no menos controvertido y que radica en el tema primordial de la presente monografía es la determinación del Quantum Indemnizatorio, pues nuestra legislación civil deja un campo abierto al juez para la determinación del mismo, cuestión que puede caer en la arbitrariedad y subjetividad del juez.
8. Para finalizar, la determinación del daño moral, como ninguna resolución puede quedar nunca a la libre arbitrariedad y subjetividad del juez, pues bien manifiesta Pérez Royo “La subjetividad es en el mundo del Derecho, el mal del que hay que huir como de la peste”. Para ello el juzgador debe aplicar las reglas de la sana crítica o persuasión racional. En este sentido Couture señala “si bien el juez debe decidir con arreglo a la sana crítica, no es libre de razonar a voluntad discrecionalmente y arbitrariamente, pues no sería sana crítica, ya que la misma es la unión de la lógica y de la experiencia, sin excesiva abstracción del orden intelectual”. En este contexto la resolución del juez debe ser producto de la lógica y crítica de las pruebas, basada en la equidad, los fundamentos científicos de la prueba, la psicología jurídica, la experiencia y el sabio entender.

## RECOMENDACIONES

A lo largo de este trabajo investigativo se ha llegado a vislumbrar los siguientes particulares:

1. A pesar de los distintos criterios que se puedan justificar a la indemnización de daño moral, resulta un asunto difícil reducir a cálculos matemáticos o fórmulas generales, y mucho menos establecer techos para su determinación, pues cada caso en particular tiene sus propios ribetes.
2. El juzgador al momento de cuantificar los daños debe tomar como iniciativa la cuantía determinada en la demanda, pues ese constituye el objeto de la Litis, y bien es sabido que los jueces no pueden fallar por sobre ese monto, pues se traduciría en una sentencia supra petita.
3. Una mejor manera de enfrentar el problema de la cuantificación del daño moral sería establecer precedentes jurisprudenciales, de esta manera obtener puntos de referencia y criterios uniformes, que puedan guiar a los juzgadores.
4. A la hora de la valoración de la prueba el magistrado debería observar ciertas cualidades o variables tales como la situación económica, tema cultural, el grado de afección, etc; ya que por ejemplo no implicaría el mismo daño o sufrimiento, que producto del daño moral resulte la destrucción de una casa de \$5000 para un campesino, que la destrucción de la misma casa para un multimillonario.
5. Si bien no existe una respuesta única para la cuantificación y en la praxis jurídica los jueces utilizan sus facultades para llegar a determinar el monto indemnizatorio, siempre deben realizarla debidamente motivada, esto es expresando las razones del porqué de su decisión, así también con la debida prudencia, la cual ayudará





a escoger la mejor decisión, pues tanto la motivación como la prudencia, actúan como límites al momento de la cuantificación.

6. Sería importante que los magistrados al momento de reparar los daños y perjuicios, tomen en consideración las variadas formas de reparación integral contenidas en nuestro actual ordenamiento jurídico.

## BIBLIOGRAFÍA

Abarca, Luis. *El Daño Moral y su Reparación en el Derecho Positivo*. Editorial Jurídica del Ecuador. Quito. 2014.

Aurbenque Pierre. *La Prudencia en Aristóteles*. Barcelona. Editorial Crítica. 1999.

Aciarri, Alejandro y Testa, Matías, “Fórmulas Empleadas por la Jurisprudencia Argentina Para Cuantificar Indemnizaciones por Incapacidades y Muertes”. *Selected Work of Hugo Alejandro Acciarri*. Enero 2009. Internet: [http://works.bepress.com/hugo\\_alejandro\\_acciarri/36](http://works.bepress.com/hugo_alejandro_acciarri/36). Acceso: consulta 4 de septiembre 2015.

Alterini Atilio. *La limitación cuantitativa de la Responsabilidad Civil*. Editorial Abeleo-Perrot. Buenos Aires. 1997.

Barragán, Gil. *Elementos del Daño Moral*. Tercera Edición. Corporación de Estudios y Publicaciones. Quito. 2008.

Barrientos, Marcelo, *El Resarcimiento por Daño moral en España y Europa*. Salamanca. 2007. p. 419.

Barros, Enrique. *Tratado de Responsabilidad Extracontractual*. Editorial Jurídica de Chile. Santiago 2006.

Borja Soriano. *Manual Teoría General de las Obligaciones*. México. 1996.

“Blogspot”. Internet: <http://cuantificaciondeperjuicios.blogspot.com/2015/06/diferencia-entre-dano-y-perjuicio.html>. Acceso: 23 de octubre de 2015.

Brebbia Roberto. *Responsabilidad objetiva y daño moral*. ED.

C. Ghersia. *Valoración económica del Daño Moral y Psicológico*. Buenos Aires. Edición Astrea. 2000.

Cabanellas, Guillermo. *Diccionario Jurídico Elemental*. Editorial Heliasta. Argentina. 1997.



Casares, Tomás. *La justicia y el derecho*, Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1997.

Cienfuegos Salgado, Santos. Responsabilidad Civil por Daño Moral. Internet: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/revdpriv/cont/27/dtr/dtr3.pdf>.

Acceso: 5 de septiembre de 2015.

CSJN Arostegui, Pablo Martín c/ Omega Aseguradora de Riesgos del Trabajo SA y Pametal. Internet: <http://defenpo3.mpd.gov.ar/defenpo3/def3/jurisprudencia/general/csjn/030afallos.htm>. Acceso: 4 septiembre 2015.

Contreras Claudio. *La Responsabilidad Extracontractual*. Editorial Parlamento Ltda. Chile. 2009.

“Derechos a la verdad, a la justicia y a la reparación integral en casos graves a violaciones de Derechos humanos”. Internet: <http://www.hchr.org.co/publico/pronunciamiento/ponencias/po0345.pdf>. Acceso: 12 de noviembre de 2015.

De Cupis, Adriano; Martinez, Angel. *El daño: Teoría General de la Responsabilidad Civil*, Editorial Bosh S.A. Barcelona. 1975.

De la Rúa, Fernando. *Teoría General del Proceso*. Buenos Aires. Editorial Depalma, 1991.

Dominguez Hidalgo, Carmen. *El daño Moral*. Tomo I. Santiago. Editorial Jurídica de Chile, 2000.

García, Falconí, José. *La demanda Civil de Daños y perjuicios y daño moral por responsabilidad subjetiva en contra de los Jueces, Fiscales y Defensores públicos*. Ediciones Rodin. Quito. 2010.

Garcia Falconí, Jose. *Parte Practica del Juicio por Acción de Daño Moral y forma de cuantificar su reparación*. Quito. 2005.

Isaza María. *De la Cuantificación del Daño*. Cuarta Edición. Editorial Temis. Bogotá. 2015



Kelsen, Hans. *Teoría Pura del Derecho*. Editorial Universitaria. Buenos Aires. 1994.

Las pautas para fijar las indemnizaciones por accidentes del trabajo en el derecho civil. Internet: [http://www.estudioschick.com.ar/p\\_33.pdf](http://www.estudioschick.com.ar/p_33.pdf). Acceso: 12 de agosto 2015.

La página de la vida. Internet: <http://www.proyectopv.org/1-verdad/prudencia.htm>. Acceso: 28 de noviembre de 2015

Llambias, Jorge. *Derecho Civil Obligaciones*. Segunda Edición Editorial Perrot. Buenos Aires. 1997.

LLambias, Jorge. *Derecho y Obligaciones*. Tomo I. Editorial Perrot. Buenos Aires. 1998.

Le pretium doloris ou prix des souffrances endurées, Université de Reims Champagne-Ardenne. Internet: [http://www.univ-reims.fr/gallery\\_files/site/1/90/1129/1384/1536/1577/1590.pdf](http://www.univ-reims.fr/gallery_files/site/1/90/1129/1384/1536/1577/1590.pdf). Acceso: 16 septiembre 2015. Traducción de las tesista.

Maciá, Ramon. El Daño Moral. Internet: <file:///C:/Users/Usuario/Desktop/DA%C3%91O%20MORAL/EL%20DA%C3%91O%20MORAL%20%20CONCEPTO,%20ELEMENTOS%20Y%20VALORACI%C3%93N%20%C2%AB%20Ram%C3%B3n%20Maci%C3%A1%20G%C3%B3mez.html>. Acceso: 6 de Octubre de 2015.

Martin Casals, Miguel, "Hacia un baremo europeo para la indemnización de los daños corporales, Consideraciones generales sobre el Proyecto Busnelli-Lucas", Segundo Congreso Nacional de Responsabilidad Civil. Internet: <http://civil.udg.es/cordoba/pon/martin.htm>. Acceso: 14 de agosto 2015.

Medellin, Carlos. *Lecciones de Derecho Romano*, Bogotá, Temis, 1997.

Orgaz, Alfredo. *El daño resarcible*. Marcos Lerner. Editora Cordoba. 1950.

Ortiz Ricol. *Valoración Jurídica del daño Moral*. Revista de Derecho y Legislación. Caracas, 1959.



Pazmiño, Marcelo. *Acción Civil de Daño Moral en Accidente Laboral*. Editorial Jurídica del Ecuador. Quito. 2013.

Peyrano Jorge Walter. *Procedimiento Civil y Comercial*. Editorial Juris. Rosario. 1994.

Pizarro, Ramón. *El Daño Moral*, Bs. As. Hammurabi, 2004.

Pizarro, Daniel. "El daño Moral". Editorial Hammurabi. Barcelona. 1996.

Pomar, Fernando Gómez. "Daño moral". *Internet: Revista para el Análisis del Derecho* 1 (2000): Poder Judicial. Internet: <http://sitios.poderjudicial.go.cr/salaprimera/Temas%20jurisprudenciales/Trabajo%20sobre%20da%C3%B1o%20moral.pdf>. Acceso: 3 de Octubre de 2015.

Quintana Bravo, Fernando. *Prudencia y Justicia en la Aplicación del Derecho*, Editorial Jurídica de Chile. Santiago de Chile. 2001.

Salazar, Carolina; Gonzales María. *El Daño Moral*. Bogotá. 1990.

Torres chaves, Efraín. *El Daño Moral*. Primera Edición. Segunda Parte. Cuenca. 1994.

Torres, Efraín. *El Daño Moral*. Primera Edición. Primera Parte. Cuenca. 1994.

Thur, A. Von. *Tratado de las Obligaciones*. Madrid. Editorial Reus

Vasquez, Roberto. *Responsabilidad por daños*. Ediciones De Palma. Buenos Aires. 1993.

Zannoni, Eduardo. *El Daño en la Responsabilidad Civil*. Editorial Astrea. Buenos Aires. 1993.

Zannoni, Eduardo. *Significado y Alcance de la Cuantificación del daño*. Revista de Derecho de Daños. Buenos Aires. 2001

Zavala de González, Matilde. *Resarcimiento del Daño Moral*. Primera Edición. Editorial Astrea. Buenos Aires. 2009

Zavala de González, Matilde. *Las personas sin discernimiento y las personas jurídicas como sujetos pasivos del daño moral*. J.A. 1985



### **JURISPRUDENCIA CONSULTADA:**

Jurisprudencia N°102-2000-TP. Registro Oficial S110 del 30 de junio de 2000.

Jurisprudencia N°127-2002., emitida por la Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema Registro Oficial 630, publicada el 31 de julio de 2002.

Jurisprudencia N° 279-2003, emitida por la Corte Suprema. Registro Oficial 263, publicada el 30 de enero de 2004.

Jurisprudencia N°74-2000, emitida por la Segunda Sala de lo Civil y Mercantil. Registro Oficial N° 263, publicada el 27 de abril del 2000.

Jurisprudencia N° 102-2000-T. Registro Oficial S.110, publicada el 30 de junio de 2000.

“Fieweb”.Internet:<http://www.fielweb.com/Buscador/Norma.aspx?Id=1006434&T=reparacion%20da%C3%B1o%20moral&Opcion=1>.Acceso: 3 de diciembre de 2015.

### **NORMATIVA CONSULTADA:**

Constitución de la República del Ecuador 2008.

Código Civil.

Código de Procedimiento Civil.

Código de Trabajo.

Código Orgánico Integral Penal.

Código Orgánico de la Función Judicial.